

# Risikoen for utviklingsfeil i kommersielle entrepriser



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

*Kandidatnummer: 599*  
*Leveringsfrist: 26.04.2011*

*Til sammen 17 715 ord*

20.04.2011

# Innholdsfortegnelse

<u>1 INNLEDNING .....</u>	<u>1</u>
<b>1.1 Emnet for oppgaven.....</b>	<b>1</b>
<b>1.2 Rettslig plassering .....</b>	<b>1</b>
<b>1.3 Avgrensninger .....</b>	<b>3</b>
<b>1.4 Kort om rettskildebildet .....</b>	<b>5</b>
<b>1.5 Opplegget videre .....</b>	<b>6</b>
<u>2 HVEM BÆRER RISIKOEN FOR UTVIKLINGSFEIL PÅBEROPT FØR OVERTAGELSEN? .....</u>	<u>7</u>
<b>2.1 Innledende bemerkninger .....</b>	<b>7</b>
<b>2.2 Endringssystemet .....</b>	<b>7</b>
<b>2.3 Lojalitetsplikt for entreprenøren ved unnlatt varsel om utviklingsfeil.....</b>	<b>8</b>
2.3.1 Kan det oppstilles en lojalitetsplikt ved unnlatt varsel om utviklingsfeil? .....	8
2.3.2 Hva ligger i entreprenørens lojalitetsplikt? .....	10
2.3.3 Hva er konsekvensene ved brudd på lojalitetsplikten? .....	12
<u>3 HVEM BÆRER RISIKOEN FOR UTVIKLINGSFEIL PÅBEROPT ETTER OVERTAGELSEN? .....</u>	<u>14</u>
<b>3.1 Reguleringen av mangler i NS 3431 og NS 8405 .....</b>	<b>14</b>
<b>3.2 Spesifikke funksjonskrav i kontrakten .....</b>	<b>15</b>
3.2.1 Innledende bemerkninger.....	15
3.2.2 Rt. 2010 s 1345, "Vegsaltdommen" .....	16
3.2.3 Juridisk teori.....	17
3.2.4 Reelle hensyn .....	19
3.2.5 Forutsetningslæren .....	20
<b>3.3 Kontrakten inneholder ikke spesifiserte funksjonskrav .....</b>	<b>22</b>
3.3.1 Innledende bemerkninger.....	22
3.3.2 Høyesterettspraksis .....	22
3.3.3 Juridisk teori.....	25
3.3.4 Reguleringen av utviklingsfeil i bustadoppføringslova. ....	27
3.3.5 Underrettspraksis .....	29
3.3.6 Voldgiftsrettspraksis.....	34

3.3.7 Reelle hensyn .....	36
3.3.8 Hensyn som taler for en streng innsatsforpliktelse .....	36
3.3.9 Hensyn som taler for en resultatforpliktelse .....	40
<b>3.4 Konklusjon.....</b>	<b>43</b>

<u>4 BØR UTGANGSPUNKTET FOR FORSVARLIGHETSVURDERINGEN VÆRE EN VITENSKAPELIG KUNNSKAPSNORM? .....</u>	<u>46</u>
<b>4.1 Innledende bemerkninger .....</b>	<b>46</b>
<b>4.2 Aktsomhetsvurderingen ved utviklingsfeil .....</b>	<b>46</b>
<b>4.3 Om problemstillingen .....</b>	<b>48</b>
<b>4.4 Rettspraksis, Rt. 1999 s 922, "Salhus flytebro" .....</b>	<b>49</b>
<b>4.5 Juridisk teori .....</b>	<b>52</b>
<b>4.6 Reelle hensyn .....</b>	<b>53</b>
<b>4.7 Konklusjon.....</b>	<b>53</b>

<u>5 HVOR LANGT KAN ENTREPRENØREN GÅ I Å EKSPERIMENTERE MED NYUTVIKLEDE LØSNINGER? .....</u>	<u>56</u>
<b>5.1 Innledende bemerkninger .....</b>	<b>56</b>
<b>5.2 Juridisk teori .....</b>	<b>56</b>
<b>5.3 Rettspraksis .....</b>	<b>57</b>
5.3.1 Vgd. av 17/9-1960 .....	57
5.3.2 TOSLO-2007-110178, "Akershus Festning" .....	57
5.3.3 LG-2009-188753, "Ringhorne-avgjørelsen" .....	59
<b>5.4 Dansk teori.....</b>	<b>61</b>
<b>5.5 Reelle hensyn .....</b>	<b>63</b>
5.5.1 Betydningen av byggherrens aksept av løsningen .....	63
5.5.2 Hensynet til den byggetekniske utvikling.....	64
5.5.3 "Stiavhengighetsproblemet" .....	65
<b>5.6 Konklusjon.....</b>	<b>66</b>

<u>6 KILDER OG LITTERATURLISTE .....</u>	<u>68</u>
--	-----------

# **1 Innledning**

## **1.1 Emnet for oppgaven**

Ved inngåelsen av en entreprisekontrakt påtar entreprenøren seg risikoen for et sluttresultat som er nærmere angitt i kontrakten. Etter tradisjonell begrepsbruk er det derfor ikke tale om en innsatsforpliktelse, men en resultatforpliktelse innenfor den rammen kontrakten angir.

Entreprisekontrakter benyttes i en bransje der det brukes mange forskjellige byggemetoder, og hvor det pågår en konstant utvikling av nye tekniske løsninger. Prosjekteringen eller metoden som er anvendt i arbeidet, og som etter datidens standarder ble ansett for å være forsvarlig, kan i ettertid viser seg å utgjøre en svikt ved byggeprosjektet. Spørsmålet blir om det er entreprenøren eller byggherren som må bære risikoen for at fagkunnskapen om tekniske løsninger ikke var tilstrekkelig på utførelsestidspunktet. Dette spørsmålet er blitt beskrevet som *"utviklingsrisikoen"*.

Hovedproblemstillingen i oppgaven er i hvilken grad det kan gjøres unntak fra entreprenørens resultatforpliktelse hvor det oppstår en utviklingssvikt ved kontraktsgjenstanden.

## **1.2 Rettslig plassering**

Jan Einar Barbo omtaler begrepet *"utviklingsrisiko"* som spørsmålet om hvem av partene som bærer risikoen for at en løsning som på byggetidspunktet var ansett som forsvarlig, senere viser seg å utgjøre en svikt ved ytelsen.<sup>1</sup>

Vurderingen av hvem som bærer risikoen for utviklingssvikten må ta utgangspunkt i hvilke forpliktelser partene har påtatt seg ved kontraktsinngåelsen. Det beror på en tolkning av kontrakten, og hvilke krav og angivelser den setter til kontraktsarbeidets

---

<sup>1</sup> Barbo, "Totalentreprise" (1990) s. 59 flg.

egenskaper og funksjoner. Det gjør at forpliktelsestypen vil danne et utgangspunkt for hvem av partene som bærer risikoen for utviklingsfeil knyttet til prosjekteringen eller metodevalget.

Det må imidlertid sondres mellom tilfeller der utviklingssvikten påberopes før og etter overtagelsen av kontraktsarbeidet. Ved overtagelsen går risikoen for kontraktsarbeidet over fra entreprenøren til byggherren.<sup>2</sup> Dersom feilen påberopes før overtagelsen, blir spørsmålet om de økte kostnadene utbedringen av utviklingsfeilen medfører, gir entreprenøren krav på vederlagsjustering og fristforlengelse. Er svikten oppdaget, men ikke påberopt, foreligger det ikke lenger en utviklingsfeil på overtagelsestidspunktet. Spørsmålet blir da om entreprenøren har overholdt kravet til aktsom og lojal opptreden. Hvis utviklingssvikten først oppdages og påberopes etter overtagelsen, blir det en vurdering av om den medfører en mangel ved kontraktsgjenstanden. En mangel gir byggherren rett til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser på nærmere vilkår.

Kontraktens risikofordeling må ikke forveksles med revisjon av kontrakten, for eksempel gjennom forutsetningslæren.<sup>3</sup> Revisjon er i utgangspunktet bare aktuelt hvor det er fastslått at entreprenøren har en resultatforpliktelse. Det viser at spørsmålet om forpliktelsens art vurderes på et høyere og tidligere nivå enn revisjonsgrunnlagene.

Selv om kontrollansvaret og læren om force majeure også gjelder forhold partene ikke kunne forutse, må dette skilles fra spørsmålet om hvem som har risikoen for utviklingsfeil. Det skyldes for det første at de nevnte grunnlagene anvendes hvor det allerede er fastslått at det foreligger en mangel. For det andre har det en side til sontringen mellom ytelses- og vederlagsrisikoen.

---

<sup>2</sup> NS 8405 punkt 17, jfr. punkt 32 og NS 3431 punkt 20, jfr. punkt 35.

<sup>3</sup> Det vil falle utenfor oppgaven å analysere anvendelsesområdet til henholdsvis forutsetningslæren og avtaleloven § 36. I rettspraksis tilhørende entreprisen er det forutsetningslæren, som ved uforutsette omstendigheter som utviklingsfeil og vanskelige grunnforhold, enten er lagt til grunn alene, eller som det primære revisjonsgrunnlag, se Rt. 1999 s. 922, Rt. 2010 s. 1345, LB-2003-623, LB 1998-1706 og RG. 1997 s. 1282. Videre vil det p.g.a. at avtalelovens § 36 har begrenset anvendelsesområde i kommersielle kontraktsforhold, gjøre at forutsetningslæren i fremstillingen anses som det rådende revisjonsgrunnlaget.

Ytelsesrisikoen omhandler hvorvidt en kontraktspart har plikt til å prestere ytelsen når det er usedvanlig krevende eller umulig å oppfylle.<sup>4</sup> Entreprenøren har ytelsesrisikoen når han plikter å betale erstatning eller foreta naturaloppfyllelse ved oppfyllelsssvikt. Det må i disse tilfeller finnes en unnskyldningsgrunn for at entreprenøren skal være fritatt fra kontraktsforpliktelsen. En slik unnskyldningsgrunn foreligger hvor de kumulative vilkårene for kontrollansvarsfritaket er oppfylt, eller det er en situasjon som gjør at læren om force-majeure kommer til anvendelse.

Spørsmålet om hvem som bærer risikoen ved utviklingsfeil skiller seg fra kontrollansvarsfritaket og læren om force-majeure, ved at det blir en del av vederlagsrisikospørsmålet. Vederlagsrisikoen omhandler hva entreprenøren plikter å yte, nærmere bestemt sammenhengen mellom ytelsesplikt og vederlagskravet.<sup>5</sup> Hvor svikten påberopes før overtagelsen, blir spørsmålet om kostnadene knyttet til utviklingsfeilen gir entreprenøren krav på vederlagsjustering. Når svikten påberopes etter overtagelsen, vil entreprenøren allerede ha opptjent sitt vederlag. Spørsmålet blir da om entreprenøren har krav på vederlaget selv om sluttresultatet ikke er i samsvar med kontraktens krav.

### **1.3 Avgrensninger**

Oppgaven vil konsentrere seg om de kommersielle entreprisekontraktene. Det må for det første avgrenses mot forbrukerentreprisene regulert i bustadoppføringslova (buofl.)<sup>6</sup> og andre tilvirkningsavtaler som skipsbyggings- og offshorekontrakter. Det vil likevel trekkes paralleller både til forbrukerentreprisene og andre tilvirkningskontrakter underveis i oppgaven hvor dette er nødvendig for å belyse problemstillingene. For det andre er det innenfor næringsentreprisene tradisjonelt sondret mellom to typer, total- og utførelsesentrepriser. Det må undersøkes om utviklingsrisikospørsmålet oppstår i relasjon til begge, eller om det er behov for å avgrense mot den ene entrepriseformen.

---

<sup>4</sup> Hagstrøm, "Obligasjonsrett", (2003) s. 40.

<sup>5</sup> Barbo(1990) s. 13.

<sup>6</sup> Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. av 13.juni 1997 nr 43.

En totalentreprise er en kontraktstype hvor totalentreprenøren påtar seg hele eller vesentlige deler av prosjekteringen og utførelsen av et byggearbeid for den annen part.<sup>7</sup> Entreprenøren skal således frembringe et bestemt resultat, men avgjør selv hvilke midler og metoder som skal anvendes. Innenfor denne valgfriheten har det tradisjonelt vært sondret mellom rene prosjekteringsfeil, og utviklingsfeil som enten har sin årsak i prosjekteringen eller utførelsen<sup>8</sup>.

Utførelsesentrepriser er et kontraktsforhold hvor entreprenøren påtar seg utførelsen av et byggearbeid for byggherren, og hvor alt eller det vesentlige av tegninger, beskrivelser og beregninger leveres av byggherren.<sup>9</sup> I denne type entreprisekontrakter er det et alminnelig prinsipp at *"risikoen trekkes etter funksjonsfordelingen i kontrakten"*.<sup>10</sup> Det betyr at byggherren har risikoen for omstendigheter knyttet til prosjekteringen, mens entreprenøren må bære risikoen for utførelsen. Dette løser imidlertid ikke spørsmålet om hvem som skal bære risikoen for utviklingsfeil som partene ikke kunne forutse.

En forutsetning for at det er relevant å vurdere utviklingsrisikoen ved utførelsesentrepriser, er at entreprenøren innenfor resultatangivelsen har et prosjekteringsansvar, eller en mulighet for valg av løsninger. Hvis ikke vil det bare være et spørsmål om entreprenøren har utført i henhold til de valg og veiledninger byggherren har gitt. Risikoen kan i slike tilfeller trekkes etter funksjonsfordelingen i kontrakten. Entreprenøren har ikke risikoen for feil såfremt det er prestert en god og forsvarlig innsats i henhold til byggherrens anvisninger.<sup>11</sup>

Det ovenstående illustrerer at overgangen mellom total og utførelsesentreprisene kan fremstå som flytende. Videre viser det at sontringen i utgangspunktet ikke er avgjørende for vurderingen av utviklingsrisikospørsmålet. Rettspraksis og teori tilhørende begge entrepriseformene vil derfor presenteres i fremstillingen.

---

<sup>7</sup> NS 3431 punkt 1.

<sup>8</sup> Hagstrøm, "Entrepriserett – utvalgte emner", (1997) s. 16-17.

<sup>9</sup> NS 8405 punkt 1 og punkt 13.

<sup>10</sup> Hagstrøm(1997) s. 81.

<sup>11</sup> Hagstrøm(1997) s. 82 og Sandvik, "Entreprenørrisikoen", (1966) s. 206.

#### **1.4 Kort om rettskildebildet**

Oppgavetemaet og dets problemstilling er av både praktisk og teoretisk betydning innenfor entrepriseretten, men har likevel ikke vært inngående behandlet i juridisk teori og rettspraksis.

Dette må blant annet ses i sammenheng med det generelle rettskildebildet i kommersielle entrepriseforhold, hvor det i motsetning til andre kontraktstyper ikke foreligger noen form for lovregulering. De ulike norske standardene, for eksempel NS 3431 for totalentreprisene<sup>12</sup> og NS 8405 for utførelsesentreprisene, er standardavtaler som kan brukes i kontraktsforhold mellom en entreprenør og en byggherre. Imidlertid har ikke standardvilkårene uten videre bindende virkning for partene. De blir lagt til grunn hvor det i kontrakten er henvist til standarden. For øvrig kommer de bare til anvendelse hvor reguleringen anses for å gi uttrykk for alminnelige entrepriserettslige prinsipper.<sup>13</sup>

Når det gjelder spørsmålet om risikoen for utviklingssvikt, er ikke dette nærmere regulert i de ulike entreprisestandardene utover at det kan tas utgangspunkt i deres mangelsbestemmelser.

Videre er det begrenset med rettspraksis innenfor entrepriseretten siden det er en tradisjon for å løse entreprisetvister ved andre tvisteløsningsmekanismer, som for eksempel voldgift og utenrettslig megling. Den rettspraksis som finnes er ofte konkret, og det kan derfor være vanskelig å trekke prinsipielle slutninger fra avgjørelsene.

Til tross for mangel av autoritative rettskilder på området, må det tas utgangspunkt i alminnelige metodelære for å finne løsningen på entrepriserettslige spørsmål. De nevnte omstendigheter medfører at det er større rom for reelle hensyn, enn der hvor lovtekst

---

<sup>12</sup> Det foreligger et høringsutkast til ny kontraktsstandard for totalentreprise, NS 8407, som sannsynligvis vil tre i kraft fra 1.7.2011. Dens bestemmelser vil ikke bli behandlet i det videre siden NS 3431 fortsatt er den gjeldende standard for totalentreprisene.

<sup>13</sup> Thorstein Eckhoff v/Helgesen, "Rettskildelære", (2001) s. 256.



med tilhørende forarbeider og rettspraksis gir anvisninger på bestemte tolkningsresultater. Videre leder det til at underrettspraksis, voldgiftsavgjørelser og juridisk teori vil kunne gis mer omtale enn hva som ellers er vanlig i rettskildelæren.

## **1.5    *Opplegget videre***

I fremstillingen nedenfor vil det først vurderes hvem av partene som generelt må anses for å bære risikoen for utviklingsfeil. Det vil skilles mellom situasjonen hvor utviklingssvikten påberopes før og etter overtagelsen.

I førstnevnte tilfelle vil det tas utgangspunkt i om utviklingsfeilen innebærer en endring ved kontrakten som gir krav på justering av vederlaget. Analysen vil konsentrere seg om hvorvidt entreprenøren har en lojalitetsplikt hvis han unnlater å varsle om en utviklingsfeil han hadde kunnskap om, men ikke påberopte før overtagelsen.

Når utviklingssvikten påberopes etter overtagelsen, er spørsmålet om det foreligger en mangel ved kontraktsgjenstanden som gir byggherren rett til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser på nærmere vilkår. Det vil sondres mellom de tilfeller hvor kontrakten angir bestemte funksjonskrav i kontrakten, og avtaler som ikke gir nærmere holdepunkter om entreprenørens forpliktelse. Spørsmålet blir i hvilken grad dette har betydning for om entreprenøren eller byggherren må anses for å bære risikoen for utviklingsfeilen. Siste del av oppgaven vil konsentrere seg om noen spesielle utslag av denne risikobedømmelsen:

- Skal risikovurderingen basere seg på den alminnelige bransjeerfaringen eller en mer vitenskapelig kunnskapsstandard, når det påberopes at det foreligger en utviklingsfeil ved kontraktsarbeidet?
- Blir risikobedømmelsen annerledes når entreprenøren eksperimenterer med en nyutviklet løsning fremfor en tradisjonell fremgangsmåte?

## **2 Hvem bærer risikoen for utviklingsfeil påberopt før overtagelsen?**

### **2.1 Innledende bemerkninger**

Forpliktelsene partene påtar seg ved kontraktsinngåelsen er utgangspunktet for vurderingen av hvem som bærer risikoen for utviklingsfeil. Et særtrekk ved entreprisekontrakter er at ytelsen ikke eksisterer på tidspunktet for avtaleinngåelsen, men gror frem etter hvert. Kontraktsgjenstanden vil være utsatt for en dynamisk prosess hvor endringer partene ikke hadde i tankene ved kontraktsslutningen, kan bli en del av den endelige totalytelsen. Dette kjennetegnet er blant annet hensyntatt ved innføringen av endringssystemet, jfr. NS 3431 punkt 22 og 26 og NS 8405 punkt 22-26.

### **2.2 Endringssystemet**

Hovedregelen er at byggherren på nærmere vilkår, og innenfor visse rammer, kan pålegge entreprenøren å utføre annet arbeid enn det som følger av kontrakten, mot at det foretas en tilsvarende endring av vederlaget og utsettelse av ferdigstillestidspunkt. Entreprenøren får således en arbeidsplikt mot kompensasjon fra byggherren. Spørsmålet blir om utviklingssvikten representerer en "*endring*" som gir rett til tilleggsbetaling, eller om det allerede er omfattet av entreprenørens forpliktelser i henhold til kontrakten.

Dette beror for det første på en tolkning av kontraktsdokumentene. Når kontrakten ikke gir klare holdepunkter, følger det av punkt 22.1 i NS 3431 og NS 8405, at en utviklingsfeil representerer en "*endring*" ved prosjektet, såfremt kravene til "*ytelsens kvalitet, art, karakter eller utførelse*" har endret seg siden avtaleinngåelsen.

Hvis den formaliserte endringsprosedyren er fulgt, vil virkningen være at entreprenøren kan få justert vederlaget som følge av utviklingssvikten, og eventuell fristforlengelse hvis det er nødvendig, jfr. NS 3431 punkt 22 og 26 og NS 8405 punkt 22, 24 og 25.

Det vil falle utenfor oppgavens rekkevidde å gå dypere inn på endringssystemets vilkår og virkninger. Derimot blir det et spørsmål hva som blir situasjonen hvis entreprenøren oppdager utviklingsfeilen, men ikke varsler byggherren før overtagelsen. Når det foreligger kunnskap om svikten, utgjør den ikke en utviklingsfeil på overtagelsestidspunktet. I slike tilfeller er spørsmålet om entreprenøren har en lojalitetsplikt for manglende varsling.

### **2.3    *Lojalitetsplikt for manglende varsling***

Endringssystemet prøver å ivareta konsekvensene av at det oppstår utviklingsfeil under prosjektets gang. Dette forutsetter imidlertid at byggherren blir kjent med forholdet og kan igangsette endringssystemet. Problemstillingen nedenfor relaterer seg til om entreprenøren ut fra et krav til aktsom og lojal opptreden, plikter å varsle byggherren når han får kjennskap til en utviklingsfeil, eller eventuelt en fare for utviklingssvikt.

#### **2.3.1    Kan det oppstilles en lojalitetsplikt for manglende varsling ved utviklingsfeil?**

Det foreligger ingen rettsavgjørelser innenfor entrepriseretten som tar stilling til om det kan oppstilles en slik lojalitetsplikt. Det må derfor tas utgangspunkt i hva som generelt anses for å gjelde ved unnlatt varsel i entrepriseretten, og praksis tilhørende andre tilvirkningskontrakter.

For det første følger det av både NS 3431 og NS 8405 at partene har en generell samarbeids- og lojalitetsplikt overfor hverandre under gjennomføringen av kontrakten.<sup>14</sup> Det samme kan utledes Rt. 2011 s. 65, som åpner for en ulovfestet lojalitetsplikt i entrepriseforhold for kontrakter som reguleres av Norsk Standard. Dette tilsier at det legges opp til en generell lojalitetsplikt, som også kan omfatte entreprenørens manglende varsel om utviklingsfeil før overtagelsen.

---

<sup>14</sup> NS 3431 punkt 3 og NS 8405 punkt 5.

For det andre følger det av flere enkeltbestemmelser i standardene en varslingsplikt for entreprenøren, hvis han får kunnskap om feil eller endringer i det leverte prosjektmaterialet eller egen utførelse.<sup>15</sup> Viggo Hagstrøm hevder i forlengelse av den varslingsplikten som følger av NS 8405 punkt 21, at det gjelder en bredere forpliktelse til varsling i lys av NS 8405 punkt 5;

*”Dersom det eksempelvis under arbeidet inntreffer hindringer eller vansker byggherren har risikoen for, kan ikke entreprenøren innta en passiv og avventende rolle, men må prøve å finne en forsvarlig løsning. Kan entreprenøren bebreides for å ha latt de uforutsette omstendighetene få mer vidtgående skadevirkninger enn nødvendig, må han delvis bære risikoen for disse”.*<sup>16</sup>

Denne uttalelsen peker i retning av at entreprenøren ved usikkerhetsfaktorer som utviklingssvikt, har en plikt til å varsle byggherren hvor han får kunnskap om forholdet før overtagelsen.

For å underbygge dette ytterligere kan det vises til rettspraksis for skipstilvirkningskontrakter.<sup>17</sup> Kontraktstypen fremstår som en krysning av en entreprise- og kjøpskontrakt. Det må således utledes en viss varsomhet i hvilke slutninger som trekkes fra denne type kontrakter over til entreprisen.

”Propellakseldommen”, inntatt i Rt. 1961 s. 965 gjaldt en tvist om tilvirkerens prestasjonsplikt ved et skipskonstruksjonsoppdrag. Et skip hadde hatt brudd på propellakselen tre ganger i perioden mai 1949 til desember 1950. Bestilleren hadde ved de to første tilfellene kontaktet verkstedet for å få levert en ny aksel. Da propellakselen fikk brudd for tredje gang ble det krevd erstatning under henvisning til at den var feilkonstruert. Retten kom til at bestilleren ikke hadde krav på erstatning.

---

<sup>15</sup> Se punkt 11 og 21 i NS 8405 og punkt 9.6.1 i NS 3431.

<sup>16</sup> Hagstrøm (1997) s. 88.

<sup>17</sup> Skipstilvirkningskontraktene er karakterisert som et kjøp, underlagt kjøpslovens regler såfremt ikke kontrakten mellom partene gir fravikende løsninger. Kontraktstypen er imidlertid et teknisk sammensatt og komplisert avtalekompleks. Kjøpslovens deklarasjonelle regler kan derfor gi begrenset rettleiding hvor kontrakten er ufullstendig, jfr. Bull og Falkanger, ”Sjørett” 2010)

Det ene kravsgrunnlaget var at fabrikken hadde unnlatt å underrette bestilleren om at de var blitt kjent med faremomentet som forårsaket svikten, før den siste propellakselen brøt sammen. Tilvirkeren hadde gitt melding til Det norske Veritas om forholdet. Retten kom med følgende begrunnelse på hvorfor erstatningskravet ikke kunne føre frem:

*”... på grunn av det forutgående kontraktforhold hadde fabrikken en naturlig plikt til aktsom opptreden for å hindre at det faremoment den var blitt kjent med, ble realisert. På samme måte som lagmannsretten finner jeg at denne aktsomhetsplikt er oppfylt ved henvendelsen til Det norske Veritas”.<sup>18</sup>*

Avgjørelsen tyder på at det allerede i 1950-årene forelå en lojalitetsplikt for utviklingsfeil i skipskonstruksjonskontraktene. Det skal ikke spekuleres i om retten ville kommet frem til et annet resultat i dag. Men med tanke på at lojalitetsplikten i kontraktsforhold har blitt skjerpet de siste tiårene,<sup>19</sup> må et slikt krav fortsatt kunne anses for å gjelde. Det tyder etter mitt syn på at lojalitetsplikten for en kontraktspart til å underrette om faremomenter ved bestemte løsninger, også bør kunne overføres til dagens kommersielle entrepriser.

Disse rettskildene tilsier at det bør oppstilles en lojalitetsplikt for entreprenøren ved manglende varslig om utviklingsfeil. Bortsett fra ”Propellakseldommen” drøfter ingen av kildene nærmere når en slik forpliktelse kan tenkes å foreligge, eller hvilke sanksjoner brudd på plikten vil medføre. I det følgende vil det drøftes hva som kan anses for å ligge i denne lojalitetsplikten, og hva konsekvensene av brudd vil være.

### **2.3.2 Hva ligger i entreprenørens lojalitetsplikt?**

Utgangspunktet i kontraktsretten er at den ulovfestede lojalitetsplikten oppstiller et krav

---

<sup>18</sup> Rt. 1961 s. 965(968).

<sup>19</sup> Hagstrøm(2003) s. 73.

til aktsom og lojal opptreden ved avtaleinngåelsen og så lenge forpliktelsen består.<sup>20</sup> Det beror på en konkret skjønnsmessig vurdering hva som omfattes av dette kravet..

Det er ikke mulig å gi en uttømmende fremstilling over hvilke faktorer som kan komme inn i vurderingen av om lojalitetsplikten er overtrådt. Formålet med dette punktet er å belyse hvor lojalitetsterskelen synes å være, og enkelte momenter som kan få betydning i den vurderingen.

Det må tas utgangspunkt i at entreprenøren og byggherren bærer risikoen for egne forventninger og forutsetninger. Lojalitetskravet kan anses som en plikt for entreprenøren til å ta rimelig hensyn til byggherrens forventninger utover sine egeninteresser. Hvilke omstendigheter dette omfatter beror på hva byggherren forventer å få av informasjon, samt hva entreprenøren må regne med at byggherren sitter inne med av kunnskap om teknologisk utvikling i byggebransjen. I relasjon til utviklingsfeilene vil det ikke medføre at entreprenøren automatisk får en lojalitetsplikt for svikt han har kunnskap om. Utviklingsfeilen må relatere seg til avvik byggherren bør ha krav på å få kjennskap til.

I den sammenheng må det stilles spørsmål om det foreligger en lojalitetsplikt hvor skaden ikke kunne vært forebygget, for eksempel på grunn av byggtekniske forhold. Denne vurderingen kan ses i lys av generelle passivitetsbetraktninger. Det må vektlegges i hvilken grad entreprenøren har opptrådt passivt, og om skaden kunne vært avverget ved en mer aktiv opptreden. Hvor passiviteten er årsaken til at utførelsen ikke samsvarer med kontraktens krav, bør det for lojalitetspliktens omfang, være uten betydning om skaden kunne eller ikke kunne vært forebygget. Problemet når skaden ikke kan avverges, er imidlertid at byggherren vil få vanskeligheter med å påvise et økonomisk tap. Det innebærer at det i disse situasjoner blir vanskelig å gjøre rettsvirkninger gjeldende for brudd på lojalitetsplikten.

---

<sup>20</sup> Rt. 1988 s. 1078(1084).

### 2.3.3 Hva er virkningene av entreprenørens lojalitetsplikt?

Ingen av de ovennevnte kilder i entrepriseretten gir klare indikasjoner på hva virkningene av overtredelse bør være ved manglende varsling om utviklingssvikt. Spørsmålet er om lojalitetsplikten bare innebærer en ordensforskrift uten konkrete rettsvirkninger, eller om det også gir byggherren krav på økonomisk kompensasjon.

Under NS 3401 og NS 3430 var tradisjonen at så lenge det ikke forelå nærmere angivelse av hva virkningene ved unnlatt varsel skulle være, måtte den kontraktspart som ikke varslet bære de økonomiske konsekvensene. Karl Marthinussen m/fl. hevder det samme må gjelde under NS 8405.<sup>21</sup> ”Propellakseldommen” synes også å forutsette at byggherren kan kreve erstatning ved entreprenørens manglende varsling om en utviklingsfeil. Dette kan videre utledes av den juridiske teorien. Knut Kaasen fremhever at det etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper vil kunne innebære et erstatningsansvar ved unnlatt varsel av forhold som motparten i utgangspunktet bærer risikoen for.<sup>22</sup> Det samme må antas å følge av rimelighetshensyn. En kontraktspart bør ikke oppnå fordeler ved manglende varsling av motparten, når det foreligger en svikt ved ytelsen.

Rettsgrunnlaget for et erstatningskrav for brudd på lojalitetsplikten må baseres på alminnelige erstatningsregler for ansvar i kontrakt. Det må foreligge en uaktsom opptreden fra entreprenørens side for at ansvarsgrunnlaget skal være oppfylt. Utgangspunktet er at det ikke skal mye til for karakterisere handlemåten som culpøs, så lenge entreprenøren har brutt kravet til lojal opptreden.

Det neste spørsmålet blir hvilket tap byggherren kan kreve dekket. Omfanget av et erstatningsansvar for brudd på en ulovfestet lojalitetsplikt er usikker. Det overordnede

---

<sup>21</sup> Marthinussen og Giverholt, ”På rett grunn - Varsel og krav i entreprisestandardene, tap av rettigheter”, (2010).

<sup>22</sup> Kaasen, ”Petroleumskontrakter”, (2006) s. 802.

formålet må være at entreprenøren skal sørge for at byggherren stilles i den samme økonomiske situasjon han ville hatt, dersom det unnlatte varsel var gitt tidsnok.

Hvis byggherren hadde blitt varslet om utviklingsfeilen da entreprenøren ble kjent med forholdet, ville entreprenøren, om utviklingsfeilen hadde blitt karakterisert som en ”*endring*”, hatt krav på vederlagsjustering for merkostnadene.<sup>23</sup> Byggherrens tap relaterer seg i de tilfeller til ekstrakostnadene utbedring medfører, utover det vederlag entreprenøren hadde hatt krav på om endringsarbeidet hadde vært utført til rett tid. Hvis derimot entreprenøren ikke hadde hatt krav på vederlagsjustering, vil byggherren ha krav på kompensasjon tilsvarende totalkostnadene for utbedringsarbeidet.

Det er en tradisjon innenfor entrepriseretten at entreprenørens erstatningsansvar for konsekvenstap er begrenset sammenlignet med hva som følger av alminnelige obligasjonsrettslige regler.<sup>24</sup> Det taler for å utvise en viss forsiktighet i vurderingen av å utvide lojalitetsplikten til å omfatte tap utover de kostnadene manglende varsling har medført. I motsatt fall vil erstatningsansvaret til entreprenøren utvides, uten at dette har klare holdepunkter verken i de norske standarder, rettspraksis eller juridisk teori.

---

<sup>23</sup> Se punkt 2.2.

<sup>24</sup> Se NS 3431 punkt 37 og NS 8405 punkt 36 sammenlignet med f.eks. kjøpslovens § 67.



### 3 Hvem bærer risikoen for utviklingsfeil påberopt etter overtagelsen?

Spørsmålet om hvem som bærer risikoen for utviklingssvikten hvor den påberopes etter overtagelsen, avgjøres ut fra om det foreligger en mangel ved ytelsen. Det vil tas utgangspunkt i reguleringen av mangler i NS 3431 og NS 8405. I den videre fremstillingen vil det sondres mellom der det angis bestemte funksjonskrav i kontrakten, og der avtalen ikke gir klare angivelser for hvilke krav som stilles.

#### 3.1 **Regulering av mangler i NS 3431 og NS 8405**

Reguleringen av mangelsansvar i NS 3431 og NS 8405 fremgår henholdsvis av punkt 37.1 og 36.1. Det følger av NS 3431 at;

*”Det foreligger mangel dersom kontraktarbeidet ikke er i den stand byggherren har krav på etter kontrakten, og dette skyldes prosjektering, utførelse eller andre forhold totalentreprenøren svarer for.”*<sup>25</sup>

En lignende regulering av mangelsproblemet er anvendt i NS 8405;

*”Det foreligger mangel dersom kontraktarbeidet ved overtakelsen ikke er i den stand byggherren har krav på etter kontrakten, og dette skyldes forhold entreprenøren svarer for.”*<sup>26</sup>

Det fremkommer av NS 8405 punkt 36.1, og må innfortolkes i NS 3431 punkt 37.1, at det er kontraktsarbeidets tilstand ”ved overtakelsen”, som er utgangspunktet for mangelsvurderingen. Videre fremgår det av bestemmelsene at det foreligger en mangel når det er et avvik mellom avtalen og den faktiske ytelse, og avviket skyldes omstendigheter som ikke kan tillegges entreprenørens risikofære. For å bedømme

---

<sup>25</sup> NS 3431 punkt 37.1.

<sup>26</sup> NS 8405 punkt 36.1.

hvilken risiko partene *"svarer for"*, er det imidlertid ikke tilstrekkelig å se på kontraktsarbeidets tilstand *"ved overtakelsen"*. Det er nødvendig å vurdere hvilke forpliktelser entreprenøren og byggherren påtok seg overfor hverandre ved kontraktsinngåelsen.

Ved utviklingsfeil vil det som regel være på det rene at det eksisterer et avvik fra kontrakten. Det avgjørende for om det foreligger en mangel, er hvilke omstendigheter som kan tillegges entreprenørens risikofære. Med andre ord er det resultatet av denne risikoplasseringen som avgjør hvem av partene som har mangelsansvaret for utviklingssvikt ved kontraktsarbeidet.

En alminnelig forståelse av bestemmelsenes ordlyd peker i retning av at entreprenøren har en forpliktelse til å frembringe et bestemt sluttresultat. Et avvik ved kontraktsprestasjonen, innebærer et objektivt mangelsansvar for entreprenøren hvis utviklingssvikten faller innenfor hans risikofære. Det vil i det følgende foretas en analyse av når utviklingsfeil kan anses for å falle innenfor risikoen entreprenøren *"svarer for"*.

## **3.2    *Spesifiserte funksjonskrav i kontrakten.***

### **3.2.1   Innledende bemerkninger**

Funksjonskrav er i NS 3431 punkt 2.6 definert som spesifiserte krav til *"byggets eller anleggets egenskaper, anvendelse, holdbarhet, drift, vedlikehold som normalt konstateres ved måling, prøving eller bruk"*. De kan enten komme direkte til uttrykk i kontrakten, eller oppstilles ut fra en tolkning av kontraktsdokumentene. Et eksempel på et funksjonskrav, er at et våtrom skal ha en bestemt lufttetthet.

Formålet med funksjonskravene er å pålegge entreprenøren en klar og bestemt ytelsesplikt. Vurderingen av funksjonskravene og dets betydning for risikofordelingen ved utviklingssvikt, beror på en tolkning av kontrakten.

Denne type krav er etter hvert blitt meget utbredt i totalentrepriser, men det vil også kunne fremkomme i utførelsesentreprisekontrakter. For utførelsesentreprisene er det bare hvor entreprenøren står for deler av prosjekteringen, at det blir et spørsmål om utviklingsrisiko ved bestemte funksjonskrav.<sup>27</sup>

Det vil tas utgangspunkt i en høyesterettsdom som har tatt opp hvilken betydning bestemte krav i kontrakten har ved uforutsette omstendigheter, inntatt i Rt. 2010 s. 1345 ”Vegsaltdommen”.

### **3.2.2 Rt. 2010 s. 1345, ”Vegsaltdommen”**

”Vegsaltdommen” gjaldt en tvist om risikoplasseringen i en funksjonskontrakt med fast pris, for drift og vedlikehold av veier på Romerike mellom Statens Vegvesen og Oslo Vei AS. Etter kontrakten hadde Oslo Vei et funksjonsansvar for prosjektering og utførelse av tiltak som var nødvendige for å overholde kontraktens krav, herunder salting etter nærmere angitte kriterier. Kontrakten inneholdt ingen angivelse av hvilke mengder salt som måtte benyttes for at kravene skulle være oppfylt. For at entreprenøren skulle kunne beregne hvilken mengde salt som var nødvendig, la Statens Vegvesen frem historiske vinterdriftsdata for veiene på Romerike. Spørsmålet var hvem som hadde risikoen for at gjennomsnittlig saltforbruk per vintersesong, ble ca. tre ganger så høyt som gjennomsnittet av det som ble oppgitt som tidligere rapportert saltforbruk.

Retten fant at løsningen måtte bero på hva som var årsaken til avviket. De anså at det skyldtes en kombinasjon av flere forhold, men at den vesentligste årsaken til merforbruket var driftsopplegget og saltingsstrategien til Oslo Veis underentreprenør. Høyesterett kom til at Oslo Vei med grunnlag i NS 3430 pkt. 7.5, jfr. pkt. 21.1, kunne kreve kompensasjon for merutgiftene ved å anskaffe og lagereføre den mengden salt, som forholdsmessig kunne henføres til underrapporteringen fra Statens Vegvesen.

---

<sup>27</sup> Se punkt 1.3.

Derimot var det ikke grunnlag for å få dekket kostnadene til å legge ut den økte saltmengden. Det var videre ikke grunnlag for kontraktsrevisjon på grunnlag av forutsetningslæren eller avtaleloven § 36, siden kontrakten inneholdt uttrykkelige bestemmelser som regulerte virkningen av det uforutsette forholdet.

Det avgjørende for rettens resultat synes å være de forpliktelser entreprenøren hadde påtatt seg risikoen for ved kontraktsinngåelsen. Det var på dette tidspunkt foretatt et bevisst valg av partene, om at nødvendig mengde salt skulle avgjøres av Oslo Vei. Da kriteriene som var spesifisert, etter måling og bruk ikke samsvarte med kontraktens krav, måtte Oslo Vei bære risikoen for dette. Avgjørelsen peker i retning av at entreprenøren har risikoen for uforutsette forhold når det foreligger et krav om utførelse i henhold til angitte kriterier i kontrakten. Hvis kostnadene med dette blir uforholdsmessig høye, må entreprenøren selv ta konsekvensen, i lys av de forpliktelsene som er påtatt ved avtaleinngåelsen.

### **3.2.3 Juridisk teori**

Det foreligger ingen uttalelser i teorien som direkte tar opp problemstillingen om hvilken innvirkning bestemte funksjonskrav i kontrakten har for risikofordelingen ved utviklingsfeil. Imidlertid kan det tas utgangspunkt i uttalelsene til Barbo om ”funksjonsrisiko”.<sup>28</sup> Han hevder at hvor det fremgår entydige og klart definerte funksjonskrav av kontrakten, som ikke etterlater tolkningstvil, må entreprenøren anses for å bære en ”funksjonsrisiko” for eventuelle avvik fra kontraktens krav.

Det foretas ikke en nærmere analyse av hvordan utviklingsfeil innvirker på ”funksjonsrisikoen”, bortsett fra at han hevder utviklingsrisikoen utgjør et unntak fra den vidtgående ”funksjonsrisikoen” som påligger entreprenøren.<sup>29</sup> Det er uvisst om dette innebærer et fullstendig eller bare et delvis unntak fra ”funksjonsrisikoen”. Etter

---

<sup>28</sup> Barbo(1990) s. 54. Han definerer ”funksjonsrisiko” som risikoen for at det ferdige byggeobjektet oppfyller visse funksjonskrav.

<sup>29</sup> Ibid s. 62.

min oppfatning er en naturlig slutning fra uttalelsene, at en entreprenør ved helt spesifikke funksjonskrav har en resultatforpliktelse, som også omfatter risikoen for eventuelle utviklingsfeil.

Barbo anfører vider at det uansett er uklart hvor langt ”funksjonsrisikoen” rekker når kravene fremstår som upresise og uklare. Det må da foretas en tolkning for å fastlegge deres innhold. Hvis kravene ut fra denne prosessen fremstår som tilstrekkelig klare, vil entreprenøren fortsatt ha en resultatforpliktelse. Videre fremhever Barbo at det ved funksjonskravene kan oppstå bevismessige problemer for å avgjøre om de kan anses som oppfylt.<sup>30</sup> På grunn av usikkerheten han fremholder vedrørende forholdet mellom funksjonsrisiko og utviklingsfeil ovenfor, tyder det på at entreprenøren ved uklare funksjonskrav og bevismessig tvil, ikke har en resultatforpliktelse som omfatter eventuelle utviklingsfeil.

Det kan videre vises til Kai Krüger sine uttalelser om profesjonsansvaret.<sup>31</sup> Han hevder at entreprenøren som hovedregel ikke bærer risikoen for utviklingsfeil så lenge bransjekravene på byggetidspunktet er oppfylt, selv om det teknisk eller teoretisk hadde vært mulig å oppnå et bedre resultat. Det oppstilles imidlertid et unntak ved at;

*”Det skal i alle fall særlige holdepunkter til for å anta at yderen har påtatt seg mer enn å oppfylle i samsvar med vanlige kvalitetskrav innen bransjen”.*<sup>32</sup>

Et eksempel på slike holdepunkter vil kunne være når kontrakten detaljert angir hvilke funksjonskrav entreprenøren skal oppfylle. Uttalelsen tyder på at spesifiserte funksjonskrav kan medføre at entreprenøren, på tross av at det skulle oppstå utviklingsfeil, har en resultatforpliktelse overfor byggherren.

---

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Krüger, ”Norsk kontraktsrett”, (1989) s. 223-224.

<sup>32</sup> Ibid

### 3.2.4 Reelle hensyn

Det er et alminnelig prinsipp i kontraktsretten at kontraktspartene har risikoen for egne forventninger og forutsetninger. Ved vurderingen av spesifikke funksjonskrav må det tas utgangspunkt i at en entreprisekontrakt tradisjonelt innebærer en resultatforpliktelse for entreprenøren. Byggherren vil ved avtaleinngåelsen ha en forutsetning om at entreprenøren ikke har oppfylt sin prestasjonsplikt, dersom prosjektet svikter eller er mangelfullt. Avvik fra det avtalte resultat bør derfor ligge innenfor entreprenørens risikofære. Dette må særlig gjelde i de tilfeller hvor entreprenøren bevisst har tatt på seg risikoen for funksjoner ved kontraktsgjenstanden.

På den annen side er som nevnt entreprisekontraktene kjennetegnet ved at ytelsen ikke eksisterer på tidspunktet for avtaleinngåelsen, men gror frem etter hvert. Det gjør at risikoen som tas for spesifikke funksjonskrav ved kontraktsinngåelsen, blir utsatt for en dynamisk prosess hvor uforutsette forhold som utviklingssvikt kan påvirke sluttresultatet. Entreprenøren vil i sine kalkulasjoner ved avtaleinngåelsen, som regel ha tatt høyde for komplikasjoner som kan oppstå ved kontraktens funksjonskrav. Det gjør at risikoen ved uforutsette omstendigheter som utviklingsfeil til en viss grad vil være gjenspeilet i kontraktsvederlaget. Problemet oppstår i de tilfeller der forholdene avviker sterkt fra hva som kunne forventes ved kontraktsinngåelsen. Det fremstår ikke som rimelig at entreprenøren bør bære hele risikoen når kostnadene ved å oppfylle i henhold til kontraktens krav, blir uforholdsmessig store.

Dette kan avbøtes ved å modifisere forpliktelsens karakter fra en resultat- til en form for innsatsforpliktelse, og deretter vurdere om entreprenøren har gjort en tilstrekkelig innsats. Resultatet av et slikt alternativ vil være at objektet for forpliktelsen ikke lenger knyttes til det ferdigstilte produktet, men prosessen fram til sluttresultatet. Denne løsningen fremstår som mer naturlig hvor det er uklart hva som ligger i funksjonskravene eller det er bevismessig tvil om de kan anses oppfylt.

Den metoden som forutsettes i Rt. 2010 s. 1342 er at entreprenøren har en resultatforpliktelse ved bestemte funksjonskrav, men at det kan modifiseres gjennom forutsetningslæren. Dette løsningsalternativet synes også å være i samsvar med oppfatningene i den juridiske teorien. En slik tolkning vil i tillegg ivareta byggherrens forutsetninger om at entreprenøren skal frembringe et bestemt resultat. Samtidig vil det kunne medføre en kontraktsrevisjon hvor entreprenøren pådrar seg uforholdsmessige store kostnader ved utbedringen av utviklingsfeilen. Det vil i det følgende gjøres kort rede for innholdet i forutsetningslærens anvendelse ved utviklingsfeil, men det faller utenfor oppgavens tema å analysere dens virkeområde og omfang nærmere.

### **3.2.5 Forutsetningslæren**

Forutsetningslæren innebærer under visse omstendigheter at uforutsette forhold kan medføre bortfall eller endring av den opprinnelige forpliktelsen entreprenøren påtok seg.<sup>33</sup>

Det er i utgangspunktet en klar grense mellom hva som omtales som uriktige og bristende forutsetninger. Hagstrøm fremhever at forutsetningen er uriktig dersom den treffer feil vedrørende omstendigheter som forelå allerede på avtaletiden. Bristende er forutsetningen når den treffer feil ved den etterfølgende utviklingen. Det problematiske med utviklingsfeil er at de gjelder den etterfølgende utviklingen, men samtidig knytter seg til en uriktig kalkulasjon av risikoen på avtaletidspunktet.<sup>34</sup> Det er et eksempel på at grensen mellom uriktige og bristende forutsetninger er flytende. Det er ikke av vesentlig betydning å plassere utviklingssvikt i en enkelte kategori, siden det i entrepriseretten har vært en tradisjon for å behandle både bristende og uriktige forutsetninger under forutsetningslæren.<sup>35</sup>

Det følger av læren at det må foretas en helhetsvurdering hvor tre vilkår må være

---

<sup>33</sup> Hagstrøm(2003) s. 248-249.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.

oppfylt for at forpliktelsen kan revideres.<sup>36</sup> Entreprenøren må for det første ha avgitt en forpliktelse, under en forutsetning som var vesentlig for at kontrakten ble inngått. Videre må forutsetningen ha vært synbar for byggherren. Synbarhetskriteriet er oppfylt enten ved at forutsetningen må være brakt til byggherrens kunnskap, eller når den er så typisk at det ikke er nødvendig å opplyse byggherren om forutsetningen. Det siste vilkåret er om denne forutsetningen er relevant. Dette beror på hva som er en rimelig byrdefordeling i den konkrete saken.<sup>37</sup>

Utgangspunktet for om resultatforpliktelsen bør modifiseres vil være hvordan funksjonskravene er utformet i kontrakten, og hvor presist de angir et bestemt resultat. Det vil videre være av betydning hvor nært risikoen kan knyttes til byggherrens forhold gjennom opplysnings- eller medvirkningssvikt, eller andre årsaker med nær tilknytning til byggherren. Det må således foreligge spesielle grunner som gjør at byggherren er særlig nær til å bære merkostnadene. For eksempel vil utviklingsfeil som kan knyttes til driftsopplegget eller strategien til entreprenøren vanskelig kunne flyttes over på byggherren.

Virkingen av at vilkårene er oppfylt, er at forpliktelsen i utgangspunktet må anses bortfalt. I entrepriseretten har det også vært innfortolket at læren gir hjemmel til økning av entreprenørens vederlag.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Forutsatt i Rt. 1999 s. 922 og Rt. 2010 s. 1345.



### **3.3    *Kontrakten inneholder ikke spesifiserte funksjonskrav***

#### **3.3.1   Innledende bemerkninger**

Hvor kontrakten ikke nærmere angir hvilke krav som stilles til ytelsen, må andre faktorer tas i betraktning for å fastlegge forpliktelsens art. Dette gjelder også der det er angitt funksjonskrav, men de fremstår som så uklare og upresise at det ikke kan innfortolkes en resultatforpliktelse.

Bestemmelsene som regulerer mangler i NS 3431 og NS 8405 gir ikke retningslinjer for hvordan vurderingen av hvilken risiko entreprenøren "*svarer for*" skal foretas. Det vil derfor tas utgangspunkt i den rettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn som er av betydning for spørsmålet.

#### **3.3.2   Høyesterettspraksis**

Det er begrenset med rettspraksis på entrepriserettens område, særlig når det gjelder høyesterettsdommer, og den rettspraksis som finnes er ofte konkret begrunnet. Det vil i det følgende tas utgangspunkt i den første høyesterettsdommen som tok opp problematikken om utviklingsfeil i entreprisen, Rt. 1968 s. 783, "Byggmesterdommen".

Saken gjaldt et nyoppført hus på Vestlandet hvor det oppstod råteskader i ytterkledningen. Årsaken til skaden var uklar, men det eneste byggmesteren eventuelt kunne ha risikoen for, var selve byggemetoden. Byggmesteren hadde anvendt en byggemethode hvor kledningen var utført med en vannstokk, og panelet var tett så vel i under- som i overkant. Dette hindret lufting når regnvann trengte inn i kledningen, noe som førte til gode vekstvilkår for sopp. Noen år etter oppføringen av huset ble det kjent at kledningen av den aktuelle type var utsatt for råteskader. Spørsmålet var om eierne av huset kunne kreve erstatning av byggmesteren for skadene.

Retten la til grunn at byggmesteren verken var ansvarlig på subjektivt eller objektivt

grunnlag. Det var i relasjon til sistnevnte ansvarsgrunnlag at førstvoterende uttalte:

*”Etter min mening må man legge til grunn at Stensen har forpliktet seg til å oppføre et hus etter de regler som da gjaldt og med den byggeskikk som man da anså forsvarlig, og jeg finner ikke grunnlag for å anta at han overfor byggherrene skulle ha pådratt seg et videregående ansvar for den skadeutvikling som har funnet sted.”*<sup>39</sup>

Annenvoterende, som fulgte førstvoterende i resultatet, fremhevet i tillegg:

*”For meg er det tilstrekkelig at Stensen har oppført huset etter en metode som på byggetiden var vanlig og som ble ansett som forsvarlig, og at det ikke foreligger noen tilsikring fra hans side som kan påføre ham ansvar.”*<sup>40</sup>

Det kan settes spørsmålstegn ved dommens rettskildemessige vekt for de kommersielle landentrepriser, i det saksforholdet i dag må anses regulert av buofl. sine regler om forbrukerentrepriser.

I utgangspunktet må avgjørelsen på forbrukerentrepriserettens område fortsatt kunne tillegges vekt siden det er henvist til den i buofl. forarbeider.<sup>41</sup> Det vil imidlertid under punkt 3.3.4 diskuteres hvilken betydning forarbeidsuttalelsen faktisk har. Videre må dens vekt ses i lys av at loven har utformet andre regler og prinsipper enn de som regulerte mislighold da tvisten kom opp. Avgjørelsens betydning må også vurderes i sammenheng med forbrukerbeskyttelsesutviklingen som har skutt fart på 1990- og 2000-tallet. Det er således langt fra sikkert at retten ville kommet til samme resultat i dag. Siden den rettskildemessige vekten avgjørelsen har innenfor sitt eget rettsområde er usikker, må det utvises forsiktighet når det skal trekkes linjer til de kommersielle entrepriser.

---

<sup>39</sup> Rt. 1968 s. 783(787).

<sup>40</sup> Rt. 1968 s. 783(788).

<sup>41</sup> NOU 1992:9 s. 60-61.

Det vil likevel presenteres flere underretts- og voldgiftsavgjørelser nedenfor, som gjelder kommersielle entreprisetvister, hvor det er vist til ”Byggmesterdommen”.<sup>42</sup> Det innebærer at dommen i tillegg til å være den første som bygger avgjørelsesgrunnlaget på utviklingsrisikosynspunkter, også har hatt betydning utover forbrukerentreprenørene.

Uttalelsene i Rt. 1968 s. 783 er ikke grundige når det gjelder hva som objektivt sett kreves av entreprenøren for at han skal unngå å bære risikoen. Det som imidlertid kan hentes ut av dommen, er for det første hva resultatforpliktelsen til entreprenøren faktisk består av. Den vanlige oppfatningen av entreprenørens resultatforpliktelse er at partene har avtalt et visst arbeid mot et bestemt vederlag, og det foreligger en mangel hvis sluttresultatet ikke samsvarer med kontraktens krav ved overtagelsen. Dommens premisser baserer seg imidlertid ikke på en slik betraktning. Det avgjørende er at resultatet skal være i samsvar med de regler, standarder og byggeskikker som gjaldt, og ble ansett som forsvarlig på byggetidspunktet.

Avgjørelsen bygger dermed ikke på et objektivt mangelsansvar for utviklingsfeil. Den legger til grunn en aktsomhetsvurdering basert på entreprenørens kunnskapsnivå vedrørende løsningsvalg på utførelsestidspunktet. Realiteten er at entreprenøren ved utviklingssvikt ikke lenger trenger å overholde plikten fra avtaleinngåelsen om å utføre en viss mengde arbeid mot et bestemt vederlag. Prestasjonsplikten har fått karakter av å være en modifisert resultatforpliktelse eller en streng innsatsforpliktelse. I det følgende vil denne karakteriseres som en streng innsatsforpliktelse.

Det må bemerkes at den aktsomhetsbedømmelsen som dommen oppstiller, i all hovedsak medfører et sammenfall mellom vurderingstemaet ved risikoplasseringen og et eventuelt erstatningsansvarsgrunnlag ved innsatsforpliktelser. I det følgende vil begrepet aktsomhetsnorm relatere seg til risikofordelingsspørsmålet i mangelsvurderingen, og ikke til vurderingen av om et ansvarsgrunnlag for erstatning er oppfylt.

---

<sup>42</sup> Frostating lagmannsrettsdom av 13. juli 1977, vgd. av 25/3-83(FTV-Oslo) og LH 2007-102419.

For det andre fremhever premissene hva som skal til for at det kan gjøres unntak fra denne innsatsforpliktelsen. Det må i utgangspunktet foreligge en "tilsikring" fra entreprenøren. Det kan fremstå som noe uklart hva retten har lagt i dette uttrykket, siden tilsikringsansvaret i dag forstås som et garantilignende grunnlag for erstatningsansvar.<sup>43</sup> Begrepet kan tolkes dit hen at en forutsetning for objektivt mangelsansvar, er at entreprenøren på en eller annen måte har markert klart og tydelig at han påtar seg risikoen for fremtidige utviklingsfeil. Dette kan enten ha vært gjort gjennom en eksplisitt garanti i kontrakten, eller ved at kontraktens funksjonskrav er så spesifiserte at det også ved utviklingssvikt gjelder et objektivt mangelsansvar.

### 3.3.3 Juridisk teori

Det er begrenset hvilket innhold som kan trekkes ut av Rt. 1968 s. 783, og usikkert hvilken rettskildemessig vekt den har for de kommersielle entrepriser. Det er derfor av interesse å se hvordan den juridiske teori har tolket og tillagt avgjørelsen betydning.

Hagstrøm har i forlengelse av dommen fremholdt at en entreprenør ikke har risikoen for løsninger når de på byggetidspunktet ble ansett som fagmessig forsvarlige, men i utviklingens lys ikke lenger er akseptable. I disse situasjonene hevder han at utviklingsrisikoen bør ligge hos byggherren. Imidlertid mener han at det vil være annerledes hvor entreprenøren eksperimenterer ved valg av løsninger når andre metoder kunne vært benyttet.<sup>44</sup> Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til under punkt 5.

Vedrørende entreprenørens forpliktelse, fremhever han at det er:

*"... en grunnleggende premiss at entreprenøren yter profesjonell bistand mot vederlag. Aktsomhetsnormen vil således være streng fordi det dreier seg om et profesjonsansvar... Det avgjørende vil være hva man kan vente av en entreprenør som har påtatt seg*

---

<sup>43</sup> Hagstrøm(2003) s. 514.

<sup>44</sup> Hagstrøm(1997) s. 85-86.

*byggearbeider av den art og det omfang kontrakten gjelder”.*<sup>45</sup>

Det avgjørende er ifølge Hagstrøm om entreprenørens innsats objektivt sett har vært rimelig tilpasset prosjektets format og vanskelighetsgrad. Han fremholder at det gjelder et strengt ulovfestet ansvar for entreprenøren som profesjonsutøver, men at det er et visst rom for kritikkverdig opptreden.<sup>46</sup>

Barbo fremhever at dommen gir en knapp begrunnelse for resultatet. Han hevder likevel at den i lys av annen underrettspraksis og reelle hensyn, leder til at byggherren bærer risikoen, såfremt entreprenøren har opptrådt forsvarlig på byggetidspunktet.<sup>47</sup>

Det kan også vises til juridisk teori tilknyttet NS 8401 som omhandler alminnelige bestemmelser for prosjekteringsoppdrag, siden totalentreprisen og enkelte utførelsesentrepriser inneholder et prosjekteringsansvar.<sup>48</sup> Før det trekkes paralleller, er det nødvendig å sammenligne hvilken forpliktelse henholdsvis entreprenører og prosjekterende under NS 8401 har overfor kontraktspartneren.

Det er lagt til grunn i teori og praksis at når rådgivere bistår med prosjekteringen i entreprisekontrakter, er det en innsatsforpliktelse underlagt en streng profesjonsnorm.<sup>49</sup> Utgangspunktet ved entreprisene er derimot at entreprenøren påtar seg en resultatforpliktelse overfor byggherren. Barbo har fremhevet at hvor entreprenøren står for prosjekteringen endres ikke innholdet av denne forpliktelsen. Prosjekteringen inngår bare i hovedforpliktelsen om å frembringe et bestemt resultat.<sup>50</sup> Denne forskjellen har betydning for hvilken vekt teori og dommer tilknyttet NS 8401 har for total- og utførelsesentreprisene.

Hans Jacob Urbye har basert på Rt. 1968 s 783 og underrettspraksis, fremhevet at hvis

---

<sup>45</sup> Ibid s. 88.

<sup>46</sup> Ibid s. 88.

<sup>47</sup> Barbo (1990) s. 62.

<sup>48</sup> NS 8401 og NS 8402.

<sup>49</sup> Urbye, "Kommentarer til NS 8401 og NS 8402", (2002), s. 142-143 og LB-2009-191162.

<sup>50</sup> Barbo(1990) s. 38-45.

den prosjekterende benytter en forsvarlig løsning, vil han ikke senere kunne bli holdt ansvarlig, selv om resultatet senere viser seg å medføre en utviklingsfeil.<sup>51</sup> Det viser at samme standard i utgangspunktet gjelder for prosjekterende etter NS 8401.

Den juridiske teori som tar stilling til ”Byggmesterdommen” legger til grunn en aktsomhetsvurdering basert på entreprenørens kunnskapsnivå om løsningen på utførelsestidspunktet. På den ene siden kan denne tilslutningen i juridisk teori forsterke vekten av ”Byggmesterdommen” innenfor de kommersielle entrepriser. Det må på den annen side bemerkes at ingen av teoretikerne har foretatt en grundig analyse av spørsmålet, og vurdert det problematiske i at det oppstilles en profesjonsaktsomhetsnorm ved en tradisjonell resultatforpliktelse. Fra et rettsteoretisk perspektiv byr det på problemer, siden en endring av forpliktelsens art fra resultat- til innsatsforpliktelse stenger døren for anvendelsen av forutsetningslæren og objektive ansvarsgrunnlag for erstatning. De kommer bare til anvendelse hvor entreprenøren har en resultatforpliktelse. Selv i mangel av autoritative rettskildefaktorer, må det på bakgrunn av dette utvises en viss forsiktighet med å tillegge teorien stor betydning.

### **3.3.4 Reguleringen av utviklingsfeil i bustadoppføringsloven**

Det ble ovenfor fremhevet at betydningen av ”Byggmesterdommen” måtte vurderes nærmere i lys av mangelsreguleringen i buofl., og henvisningen til avgjørelsen i dens forarbeider.

Når det gjelder spørsmålet om risikoen for utviklingssvikt, er ikke dette regulert i loven. Det kan imidlertid tas utgangspunkt i § 25 som fremhever at det foreligger en mangel når:

*”resultatet ikkje er i samsvar med dei krava som følgjer av avtalen eller av føresegnene i §§ 7, 9 og 13. Mangel ligg likevel ikkje føre dersom avviket kjem av forhold på forbrukarens side.”*

---

<sup>51</sup> Urbye (2002) s. 143.

Det følger av bestemmelsen at mangelsvurderingen må ta utgangspunkt i hvilke forpliktelser entreprenøren har påtatt seg i kontrakten. Hvor det fremkommer spesifiserte krav til hva som ligger i entreprenørens forpliktelse, må dette, som ovenfor, i utgangspunktet medføre at entreprenøren bærer risikoen for senere utviklingssvikt.

En slik forståelse synes også å ha direkte støtte i loven, siden ordlyden ”*resultatet*” peker mot at entreprenøren har en resultatforpliktelse overfor forbrukerne. Spørsmålet er om dette også gjelder hvor kontrakten har for upresise eller ikke inneholder spesifikke krav til kontraktsarbeidet.

Henvisningen til §§ 7, 9 og 13 fremstår som sekundære grunnlag hvor kontrakten ikke angir nærmere hva som kreves av entreprenørens forpliktelse. Det er i relasjon til § 7 at forarbeidene henviser til ”Byggmesterdommen”:

*”Entreprenøren skal følge med i utviklinga i faget, og forbrukaren kan krevje at det blir teke omsyn til ny kunnskap om materialar og utføringsmåtar. På den andre sida er entreprenøren normalt utan ansvar dersom han har handla ut frå den kunnskap som er vanleg kjend i bransjen, sjølv om det seinare viser seg at arbeidet heller skulle ha vore utført annleis, jf. Rt-1968-783...I kva grad det kan gjelde unntak frå denne hovudregelen, slik at entreprenøren kan bli ansvarleg for « utviklingsskadar », er det ikkje teke standpunkt til i lova; svaret på dette spørsmålet må overlatast til rettspraksis.”*<sup>52</sup>

Dette tyder på at utgangspunktet om en streng innsatsforpliktelse som følger av ”Byggmesterdommen”, fortsatt må kunne anses for å gjelde innenfor forbrukerentrepriserettens område. Etter mitt syn er det imidlertid usikkert hvor langt dette rekker. Forarbeidene utviser selv en viss forsiktighet, ved at de ikke tar uttrykkelig standpunkt til rettssituasjonen ved utviklingsfeil, og overlater den nærmere grensedragningen til rettspraksis.

---

<sup>52</sup> NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov s. 60-61.

Uttalelsen må videre ses i sammenheng med at NOU 1992:9 foreslo culpa som ansvarsgrunnlag for hvilke erstatningskrav som kunne rettes mot entreprenøren.<sup>53</sup> Dette ble av departementet endret til et kontrollansvar.<sup>54</sup> Det problematiske er at de bare viste til utvalgets tolkning av § 7 og dens henvisning til ”Byggmesterdommen”, uten at de vurderte hvordan mangelsreguleringen ble påvirket av endringen i ansvarsgrunnlaget for erstatning.<sup>55</sup>

Realiteten ved departementets endring er at de har innført et objektivt erstatningsansvar for en forpliktelse som etter sin art har en subjektiv karakter. Et objektivt erstatningsansvar vil i utgangspunktet bare la seg forsvare så lenge entreprenøren har en resultatforpliktelse overfor forbrukeren. En kontekstuell tolkning av § 35, i lys av § 25, jfr. § 7, tilsier derfor at entreprenørens forpliktelse i utgangspunktet må anses som en resultatforpliktelse, også hvor kontrakten ikke inneholder spesifikke funksjonskrav. En slik forståelse finner støtte i at forbrukerbeskyttelseshensyn gjennomgående må tillegges stor betydning ved tolkningen av bestemmelsene i buofl.

Det skal ikke analyseres nærmere hvilken betydning det har at ”Byggmesterdommen” har begrenset vekt innenfor forbrukerentreprisene. Selv om reguleringen av mangler i buofl. antageligvis innebærer et resultatansvar for utviklingsfeil, kan ikke dette uten videre overføres til de kommersielle entrepriser på grunn av de særlige forbrukerbeskyttelseshensyn som gjør seg gjeldende. Det viser likevel viktigheten av at bestemmelser må utformes slik at det blir en sammenheng mellom forpliktelsens art, og hvilke virkninger som kan påberopes, i de tilfeller utførelsen ikke samsvarer med kontraktens krav.

### **3.3.5 Underrettspraksis**

På grunn av lite høyesterettspraksis, vil også lagmannsrettsavgjørelser kunne tillegges

---

<sup>53</sup> NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov s. 113.

<sup>54</sup> Ot.prp. nr 21(1996-97) s. 66-67.

<sup>55</sup> Ot.prp. nr 21(1996-97) s. 47.



større betydning enn hva som er tilfelle på andre rettsområder med mer omfattende domsmateriale. Det vil derfor i det følgende bli presentert enkelte underrettsdommer som tar opp spørsmålet om hvem av partene som skal bære utviklingsrisikoen i et kommersielt entrepriseforhold.

a) Frostating lagmannsrett dom av 13. juli 1977

Den første saken hvor dette spørsmålet kom opp mellom kommersielle parter, var i ankesak nr 62/1976 avsagt av Frostating lagmannsrett den 13. juli 1977.<sup>56</sup>

Karolinerveien borettslag krevde erstatning av Jernbeton A/S for en feil i konstruksjonsmåten. Feilen hadde ført til lekkasjer og vannskader under oppføring av boligblokkene i borettslaget. Det ble hevdet at årsaken lå i feil ved henholdsvis terrassetekkingen og metoden som var anvendt for dører og vinduer. Resultatet ble at entreprenøren ikke måtte bære risikoen for lekkasje- og vannskadene.

Når det gjaldt terrassetekkingen frifant retten entreprenøren fordi han hadde opptrådt forsvarlig i forbindelse med prosjekteringen, selv om det var en kjent sak at konstruksjonen kunne by på store problemer. De måter som problemene var søkt løst på, ble ansett forsvarlig tatt i betraktning av hva som kunne forventes i lys av finansieringen. Det ble i relasjon til vinduene og terrassedørene vist til at konstruksjonene var i samsvar med de anbefalinger Norsk Byggforskinstitutt hadde gitt. Det ble fremhevet at:

*”Konstruksjonene av vinduene og terrassedørene var heller ikke slik at alle muligheter for lekkasje var utelukket, men må ansees for å ha vært i overensstemmelse med anerkjent metode både da byggene ble oppført og senere.”<sup>57</sup>*

---

<sup>56</sup> Entreprenør av borettslagsleiligheter er regulert av buofl. § 1a. En ordlydsfortolkning av bestemmelsen peker mot at loven ikke regulerer tvister der et borettslag har rollen som byggherre. Dette synes også forutsatt i LB-2010-001442. Avgjørelser før vedtagelsen av buofl. med borettslag som byggherre, er derfor fortsatt av betydning for de kommersielle entrepriser.

<sup>57</sup> Frostating lagmannsrett dom av 13. juli 1977.

Avgjørelsen bygde på den samme begrunnelse som ”Byggmesterdommen”, selv om det gjaldt en sak mellom kommersielle parter. Den legger til grunn en streng innsatsforpliktelse der entreprenøren ikke bærer risikoen for utviklingsfeil såfremt løsningen var forsvarlig på byggetidspunktet. Det tyder på at argumentasjonen i ”Byggmesterdommen” kan anvendes i næringsentreprisene.

Videre viser avgjørelsen at aktsomhetsvurderingen av entreprenørens valg er relativ ut fra konkrete faktorer som det avtalte vederlag. Retten la vekt på at det i lys av finansieringen ikke kunne forventes et fullkomment resultat. Det tyder på at et profittmotiv hos entreprenøren ved valg av løsninger, ikke får avgjørende betydning for hvilken risiko han ”svarer for” ved utviklingsfeil.

b) LH-2007-102419

I nyere lagmannsrettspraksis er det først og fremst i LH 2007-102419 at retten anvender argumentasjonen fra ”Byggmesterdommen” i et kommersielt kontraktsforhold. Saken gjaldt krav om erstatning for prosjekteringsfeil i en totalentreprise. Hammerfest kommune hadde inngått en kontrakt med entreprenøren Lønnheim Entreprenør AS, om bygging av en flerbrukshall. I januar 2004 hadde ca. 18 tonn snø hopet seg opp i en snøskavl. Denne løsnet og falt ned fra takraftet, og skapte et horisontalt trykk som innebar at 20 veggelementer i flerbrukshallen ble skadet. Spørsmålet var om entreprenøren var erstatningsansvarlig overfor kommunen og deres forsikringsselskap, fordi de burde tatt høyde for at bygget skulle tåle denne type horisontalkrefter.

Retten kom til at entreprenøren ikke var erstatningsansvarlig. Skadeårsaken var ikke kjent eller påaktet, verken i gjeldende standarder eller allmenne normer for prosjektering, på det tidspunkt da flerbrukshallen ble prosjektert. Tvisten ble løst i medhold av at entreprenøren ikke hadde brutt allment aksepterte normer, jfr. punkt 12.3 i NS 3431. Retten viste også til ”Byggmesterdommen” og juridisk teori om utviklingsrisikoen, som hadde en viss overføringsverdi til sakens faktum. De uttalte at;

*”...de krefter som var i virksomhet var ikke kjent eller påaktet i verken gjeldende standarder eller allmenne normer for prosjektering på det tidspunkt hallen ble prosjektert, og Lønnheim Entreprenør AS hadde ingen konkret oppfordring til å skaffe seg annen kunnskap ut over den kontakt som de har hatt med Hammerfest kommune og deres befaring av byggeområdet, og som ikke brakte noen kunnskap av betydning for risikofordelingen mellom partene”.<sup>58</sup>*

For det første er avgjørelsen den nyeste lagmannsrettsdommen hvor det brukes praksis og teori knyttet til hvem som bærer risikoen for utviklingssvikt. Det skal utvises forsiktighet med å legge for mye vekt på én enkelt lagmannsrettsdom. Den bekrefter imidlertid den risikofordelingen ved utviklingsfeil som ble utviklet av rettspraksis for 30-40 år siden, og som senere er blitt fulgt opp i juridisk teori. Det taler for at denne løsningen fortsatt må anses for å være den gjeldende rettstilstanden ved utviklingsfeil i entreprisen.

For det andre må det knyttes bemerkninger til hvorfor retten anvender punkt 12.3 i NS 3431 som hovedgrunnlag for resultatet, i stedet for utviklingsrisikoen. De bemerker at synspunkter vedrørende utviklingsrisikoen har en *”viss overføringsverdi”* til sakens tvistespørsmål. Basert på det faktum som presenteres i dommen, synes den imidlertid å falle direkte innenfor kjernen av spørsmålet om risikoen for utviklingsfeil. Først i etterkant av hendelsen, kunne det konkluderes med at horisontalkrefter fra fallende snøskavler faktisk medførte alvorlige byggtekniske skader på vegger utført i paroc-elementer. Det kan derfor kunne spørres hvorfor retten ikke anvendte utviklingsrisikoen som hovedgrunnlag i begrunnelsen.

Videre er det av interesse å analysere utgangspunktet retten tok i punkt 12.3 i NS 3431. Utover at totalentreprenøren plikter å foreta prosjektering, levering og utførelse i samsvar med avtalte krav, jfr. punkt 12.1, følger det av punkt 12.3 at;

---

<sup>58</sup> Hålogaland lagmannsrett dom av 3. desember 2007.

*”Prosjektering og utførelse skal være i overensstemmelse med gjeldende Norsk Standard og for øvrig etter allment aksepterte normer.*

*Kontraktarbeidet skal være nøyaktig, solid og fagmessig utført.*

*Er ikke kvalitetskrav til materialer angitt i kontrakten, gjelder slike kvalitetskrav som er vanlige for tilsvarende arbeider.”*

NS 8405 punkt 11.1 har en lignende utforming;

*”Kontraktarbeidet skal oppfylle de krav som er angitt i kontrakten.*

*Er ikke kvalitetskrav til materialer og utførelse angitt i kontrakten, gjelder slike kvalitetskrav som er vanlige for tilsvarende arbeider”*

Ordlyden *”nøyaktig, solid og fagmessig utført”*, som følger av punkt 12.3, og som fulgte av forløperen til NS 8405,<sup>59</sup> anses for å være en henvisning til den enhver tid alminnelige gode byggeskikk.<sup>60</sup> Begrepet er ikke anvendt i NS 8405 punkt 11.1.

Marthinussen m/fl. hevder likevel at det fortsatt må kunne innfortolkes i de *”kvalitetskrav som er vanlige for tilsvarende arbeider”*.

De anfører at henvisningen til alminnelig god byggeskikk innebærer at hvor kontrakten ikke inneholder spesifikke krav til kontraktsarbeidet, må prestasjonskvaliteten ses i sammenheng med det som fremkommer av bransjestandarder som tekniske forskrifter, detaljblader i byggforskserien mv.<sup>61</sup>

Såfremt entreprenøren ikke har påtatt seg risikoen for et spesifikt resultat, er det ved utviklingssvikt i lys av avgjørelsen og de teoretiske uttalelser, mulig å foreta en kontekstuell tolkning av henholdsvis NS 3431 punkt 37.1, jfr. punkt 12.3 og NS 8405 36.1, jfr. punkt. 11.1. Det vil innebære at de nevnte kvalitetskrav utgjør holdepunkter i bedømmelsen av hva entreprenøren skal *”svare for”* i mangelsvurderingen.<sup>62</sup> Resultatet

---

<sup>59</sup> NS 3401 var en av forløperne til NS 8405.

<sup>60</sup> Marthinussen m/fl, ”NS 8405 med kommentarer”, (2010) s. 143.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> NS 3431 punkt 37.1 og NS 8405 punkt 36.1.

av en slik tolkning medfører at den tradisjonelle resultatforpliktelsen i de kommersielle entrepriser modifiseres, og omgjør entreprenørens forpliktelse til en streng innsatsforpliktelse.

Det foreligger ikke ytterligere teori og praksis som støtter opp om denne kontekstuelle fortolkningen. Det kan likevel være en forklaring på hvorfor rettspraksis og teori har lagt til grunn en streng innsatsforpliktelse, ved en mangelsvurdering som i utgangspunktet er objektiv.

### **3.3.6 Voldgiftsrettspraksis**

Det vil i det følgende også vises til enkelte voldgiftsdommer(vgd.), selv om det generelt sett har vært utvist reservasjoner mot å legge for mye vekt på denne type avgjørelser. På rettsområder som entreprenesektoren, hvor det er mangel på autoritative rettskilder, og samtidig en omfattende bruk av voldgiftsklausuler, vil de imidlertid kunne tillegges større betydning. Deres vekt må allikevel ses i sammenheng med i hvilken grad de er publisert, hvor konkret de er begrunnet, og hvem som har avsagt dem.<sup>63</sup> Dette gjelder særlig de presenterte dommene nedenfor som er forholdsvis gamle og upubliserte, bortsett fra redegjørelser i enkelte teoretiske fremstillinger.

#### **a) Vgd. av 25/3-83(FTV-Oslo)**

I en dom avsagt av den dagjeldende fast tekniske voldgiftsrett Oslo (FTV-Oslo) gjaldt det et erstatningskrav i en totalentreprise, for vannlekkasjer ved oppføring av et lagerbygg.<sup>64</sup>

Retten kom til at lekkasjene hadde sammenheng med entreprenørens valg av takkonstruksjon i kombinasjon med en omfattende snøsmelting. Likevel ble han ikke ansett for å bære risikoen for forholdet. I 1973-74, da byggingen pågikk, var en slik

---

<sup>63</sup> Thorstein Eckhoff v/Helgesen(2001) s. 163.

<sup>64</sup> Norsk Byggstandardiseringsråd(1984) og Vgd. av 25/3-83(FTV-Oslo).

konstruksjonsmetode ansett som fullt forsvarlig. Retten uttalte:

*”Etter voldgiftsrettens mening skyldes lekkasjen uheldige egenskaper ved en konstruksjon som man anså forsvarlig da lagerbygget ble prosjektert og oppført. For voldgiftsretten er det avgjørende å kunne fastslå at saksøkte har konstruert taket på lagerbygget etter en metode som på byggetiden var vanlig og som ble ansett som forsvarlig. Det kan derfor ikke bebreides saksøkte som uaktsomt at man konstruerte taket etter en byggemetode som ikke skilte seg fra den som var alminnelig i faget den gang. Voldgiftsretten ser det slik at saksøkte forpliktet seg til å prosjektere og oppføre et lagerbygg etter de regler som gjaldt den gang og som man da anså forsvarlig...”<sup>65</sup>*

Voldgiftsretten baserer seg på samme norm for aktsomhet som i de tidligere presenterte avgjørelser. Den fremhever som ”Byggmesterdommen”, hva resultatforpliktelsen faktisk består av når det senere oppstår spørsmål om utviklingssvikt. Det avgjørende er ikke at en bestemt egenskap ved kontraktsarbeidet skal foreligge ved overtagelsen, men en plikt til at prosjekteringen og utførelsen skal være i samsvar med de standarder og normer som gjaldt på byggetidspunktet.

b) Vgd. av 17/1-84

Den siste avgjørelsen er en voldgiftsrettsom avsa 17/1-84,<sup>66</sup> og gjaldt en totalentreprise vedrørende byggingen av boligblokker. Det oppstod flere tvister i forbindelse med oppføringen. Det var ikke tvilsomt at entreprenøren var ansvarlig for manglene som skyldtes den fysiske oppførelsen av bygget. Spørsmålet var om entreprenøren også hadde risikoen for én del av prosjekteringen som hadde ledet til utviklingssvikt. Det ble uttalt at:

*”En antar at ansvaret(risikoen) for entreprenøren her ikke er objektivt etter rettspraksis. Er det ved prosjekteringen benyttet en metode som på den tid måtte anses forsvarlig*

---

<sup>65</sup> Vgd. av 25/3-83(FTV-Oslo).

<sup>66</sup> Dommen er ikke tilgjengelig, referatet baserer seg på Barbo(1990) s. 43.

*hensett til den tids byggeteknikk, kan det ikke bebreides entreprenøren som uaktsomt at metoden ble brukt, selv om det i det leverte bygg skulle vise seg at metoden hadde uheldige egenskaper... Men en antar at det i nærværende tilfelle må gjelde en streng aktsomhetsnorm.*”<sup>67</sup>

Barbo har i forlengelse av dommen anført at den legger til grunn en streng aktsomhetsnorm som ligger nært oppunder et objektivt ansvar for mangler.<sup>68</sup>

Avgjørelsen viser hvordan forsvarlighetsbedømmelsen er relativ i lys av den konkrete sak, og at de nærmere omstendigheter avgjør hvor streng vurderingen blir.

Selv om avgjørelsen er den som har lagt seg nærmest et objektivt mangelsansvar, presiserer den uttrykkelig at entreprenøren ikke har en forpliktelse til å oppnå et bestemt sluttresultat ved utviklingsfeil. Voldgiftsrettspraksisen taler således for at entreprenørens resultatforpliktelse må underlegges en modifisering til en streng innsatsforpliktelse.

### **3.3.7 Reelle hensyn**

Mangelen av autoritative rettskilder og vanskelighetene ved å trekke prinsipielle slutninger fra den rettspraksis som finnes, fører til at det er større plass for å legge vekt på reelle hensyn i entrepriseretten enn på andre rettsområder.

### **3.3.8 Hensyn som taler for en streng innsatsforpliktelse**

#### **a) Hensynet til den byggetekniske utvikling**

Barbo hevder at utover den nevnte rettspraksis, er det hensynet til fremtidig utvikling som er det sentrale for hvorfor utviklingsrisikoen bør pålegges byggherren;

*”Hvis prosjekterende i byggevirksomheten skulle ha risikoen for at den tekniske*

---

<sup>67</sup> Vgd. av 17/1-84.

<sup>68</sup> Barbo(1990) s. 43.

*utvikling på et gitt tidspunkt var mangelfull, kunne dette lede til at bare svært alminnelige og anerkjente byggemetoder og – materialer ville anvendes, med den følge at utviklingen i byggebransjen i noen grad ville stagnere. Det er således i byggherrenes interesse at de selv innehar denne risikoen.”*<sup>69</sup>

Det er to forhold som taler for at dette hensynet vil ha en mer begrenset betydning enn hva Barbo antyder.

For det første bygger dette synspunktet blant annet på Jørgen Hansen sine betraktninger om rådgivere og teknikere sitt prosjekteringsansvar.<sup>70</sup> Argumentasjonen hans kan ikke umiddelbart overføres til der entreprenøren står for prosjekteringen, fordi en prosjekterende og en entreprenør vil ha ulik innfallsvinkel til kontraktsprestasjonen.

En entreprenør vil til enhver tid prøve å velge den mest kostnadseffektive og rasjonelle løsningen. Det kan medføre at det velges løsninger som ikke er gode nok hva gjelder den senere tekniske utvikling. Dette profittmotiv kan tale for at hensynet i samme grad ikke bør begrunne risikoplassering av utviklingsfeil hos byggherren.

Prosjekterende vil derimot ikke basere sitt valg ut fra et kostnadseffektivt perspektiv, siden deres fortjeneste ikke beror på hvilken løsning som til slutt benyttes. De kan tillegge fremtidig utvikling større vekt enn hva som er tilfelle for en prosjekterende entreprenør. Det er først når entreprenøren har en valgfrihet til å velge løsninger ut fra et teknologisk og ikke økonomisk perspektiv, at hensynet til byggteknisk utvikling etter mitt syn bør få avgjørende betydning.

For det andre vil det under punkt. 4.6 vurderes hvor langt dette hensynet rekker når det velges en nyutviklet metode fremfor en tradisjonell fremgangsmåte.

---

<sup>69</sup> Barbo(1990) s. 60.

<sup>70</sup> Jørgen Hansen, "Teknikeraftalen", (1984) s. 237.



b) Samfunnsøkonomiske hensyn

Videre må risikofordelingen vurderes i lys av hvordan valget fremmer samfunnsøkonomisk positive løsninger. En entreprenør vil ved kontraktsinngåelsen ha kalkulert inn en viss sum for uforutsette omstendigheter som kan inntreffe under prosjektets gang. Utviklingsrisikoen vil være ett av mange forhold som inntas i denne kalkulasjonen, uten at den verdsettes spesifikt.

Hvis det forutsettes at entreprenøren må bære risikoen for utviklingsfeil, vil dette kunne være en faktor som gjør at kalkulasjonen må forhøyes. Dette vil være nødvendig for å oppnå balanse i partenes ytelser slik at risikoen som påtas, gjenspeiles i det totale kontraktsvederlaget. I det følgende vil det vurderes om dette er ønskelig fra et samfunnsøkonomisk perspektiv.

Hvor alle entreprenører inntok et slikt påslag, må det stilles spørsmål om det samme antall byggekontrakter ville blitt inngått, eller om det hadde bidratt til stagnasjon i byggebransjen.

Ved inngåtte kontrakter der det ikke oppstod utviklingsfeil, ville påslaget ledet til at entreprenøren oppnådde en ugrunnet berikelse, siden hans mottatte vederlag ikke ville vært i samsvar med risikoen han påtok seg. Det fremstår ikke som rimelig at den ene part skal nyte godt av omstendigheter vedrørende fremtidig utvikling ingen av partene har forutsetninger for ta i betraktning. Det vil føre til ineffektive kontrakter hvor kontraktens verdi ikke samsvarer med det arbeidet som har blitt gjort.

En tenkt situasjon hvor et økt påslag inntas, kan ut fra dette ikke betraktes som ønskelig verken fra noen av partene, eller i et mer samfunnsøkonomisk perspektiv. Det er mer fordelaktig med en risikofordeling etter en relativ profesjonsnorm hvor en mindre fullkommen metode anvendes, og vurderes i lys av den totale finansieringsrammen.

c) Bevisbyrdebetraktninger

Fraværet av forutberegnlighet som en streng innsatsforpliktelse medfører, kan delvis oppveies ved en omvendt bevisbyrdevurdering. En omvendt bevisbyrde ved utviklingsfeil vil innebære at entreprenøren presumeres å ha risikoen.

Det følger ikke av mangelsreguleringen i NS 3431 og NS 8405 eller den presenterte rettspraksis, at risikofordelingen ved utviklingsfeil beror på en omvendt bevisbyrdevurdering. Hagstrøm har anført at det ikke er klart om et ansvar med omvendt bevisbyrde uten videre kan oppstilles utenfor de lovregulerte tilfelle.<sup>71</sup> Han fremhever at det ved mangler i utgangspunktet ikke er noen fast regel. Men han hevder at det innenfor entrepriseforhold med støtte i Rt. 1972 s 449, er nærliggende å anta at entreprenøren må godtgjøre at mangler ved kontraktsarbeidet ikke skyldes uaktsomhet fra hans side.<sup>72</sup> Selv om denne dom gjaldt et spørsmål om culpa i relasjon til erstatning og ikke mangelsvurderingen, må den likevel kunne ha overføringsverdi til spørsmålet om hvem som bærer risikoen ved utviklingsfeil.

Hagstrøms oppfatning har støtte i dansk teori, hvor Erik Hørlyck har fremhevet at vurderingen av om en utviklingsfeil medfører en mangel, er mest nærliggende å omtale som et *"ansvar med omvendt bevisbyrde"*.<sup>73</sup>

Dette har også sin støtte i reelle hensyn, ved at det er naturlig at den som er nærmest, og har lettest for å klarlegge årsaken til misligholdet, bør ha bevisbyrden. Hvor entreprenøren har valgt en løsning, er han nærmere til å klarlegge hvorfor dette var forsvarlig, siden valget treffes innenfor entreprenørens arbeids- og funksjonsområde. Videre kan entreprenøren til en viss grad i etterkant av en utviklingssvikt konstruere et avgjørelsesgrunnlag for løsningsvalget, tilpasset egne forutsetninger og den nyoppståtte situasjon.

---

<sup>71</sup> Hagstrøm(2003) s. 461.

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> Hørlyck, "Entreprise", (2009) s. 345.

Det gjør at bevisbyrdebetraktninger taler for en risikobedømmelse ved utviklingsmangler etter en streng innsatsforpliktelsesnorm, med omvendt bevisbyrde.

### **3.3.9 Hensyn som taler for en resultatforpliktelse**

De presenterte hensyn ovenfor er med på å begrunne hvorfor praksis og teori ved utviklingsfeil har modifisert entreprenørens resultatforpliktelse til en streng innsatsforpliktelse. Spørsmålet som oppstår i lys av dette, er hva som egentlig er igjen av den forpliktelse entreprenør påtok seg ved kontraktsinngåelsen. Den handlet om å frembringe et bestemt resultat mot et fastsatt vederlag. Er det slik at byggherren uten videre kan se bort fra dette når det oppstår utviklingsfeil ved prosjektet?

#### **a) Hensynet til at entreprenøren i utgangspunktet påtok seg en resultatforpliktelse**

En entreprisekontrakt angir at en viss mengde arbeid skal foretas mot et bestemt vederlag. Byggherrens forutsetning ved avtaleinngåelsen og frem til overtagelsen, vil være at dersom prosjektet svikter eller er mangelfullt, er ikke resultatet oppnådd. Bakgrunnen for dette er at entreprenøren kontrollerer de forhold som skal til for en vellykket tilvirkning gjennom produksjonsopplegg, teknologisk kompetanse mv. Avvik fra det avtalte resultat bør derfor ligge innenfor entreprenørens risikosfære i lys av den forpliktelse han har påtatt seg. Dette bør også gjelde hvor svikten har sitt opphav i en utviklingsfeil.

Videre vil den risikofordeling rettspraksis og teori legger til grunn, innebære at entreprenøren får opptjent fullt vederlag, selv om han ikke frembringer det resultat som kontrakten angir. Med andre ord vil det innebære at entreprenøren får i pose og sekk, uavhengig av om resultatet oppfylles ved utviklingssvikt. Det kan derfor anføres at entreprenøren bør bære risikoen for omstendigheter som ikke kunne vært tatt i betraktning, når han ikke oppfyller sin prestasjonsplikt.

b) Sannsynligheten for utviklingsrisikoen inntreden

Risikoplasseringen bør ses sammenheng med hvilken grad av sannsynlighet det er for at risikoen vil inntre. Denne vurderingen har likheter med vilkåret i kontrollansvaret om hva *”entreprenøren kunne ha overvunnet eller unngått følgene av hindringen”*.<sup>74</sup>

Som rettspraksis viser ovenfor er det sjelden at utviklingsrisikospørsmålet kommer opp for retten. Det kan tyde på at risikoen for at problematikken inntre er forholdsvis liten. Risikoens utbredelse taler således for at det må ligge innenfor entreprenørens risikofære. Jo mindre risikoen er, jo mer naturlig er det at den faller inn under risikofæren til den som har påtatt seg en forpliktelse til å levere et bestemt resultat.

Det bør likevel ikke være utslagsgivende for fastleggelsen av forpliktelsens art at denne type feil sjelden eller aldri finner sted. For det første gjelder det svikt ingen av partene kunne tatt i betraktning på forhånd. For det andre vil utviklingsfeil ofte kunne medføre store tap og konsekvenser når de først oppstår. Til slutt kan manglende domsmateriale ikke utelukke at utviklingsfeil finner sted oftere enn hva praksis skulle tilsi, men at det løses innenfor kontraktens rammer eller ved andre tvisteløsningsmekanismer. Det innebærer at selv om graden av sannsynlighet peker mot at entreprenøren bør ha en resultatforpliktelse, må det ses i lys av at karakteren av skaden er spesiell, og kan ha betydelige følger for entreprenøren.

c) Rettstekniske hensyn

Løsningen med en relativ profesjonsnorm av entreprenørens innsats på byggetidspunktet åpner for skjønnsmessige vurderinger som varierer fra sak til sak. Skjønnsmessige vurderinger vil bidra til å skape usikkerhet mellom partene i den enkelte kontrakt. Dette gjør seg særlig gjeldende for utviklingssvikt som relaterer seg til

---

<sup>74</sup> Jfr. Kjøpsloven § 27(1). Forskjellen ligger i at oppgaven gjelder fastleggelse av hvilken karakter entreprenørens forpliktelse har, og dets betydning for mangelsvurderingen, mens det ved kontrollansvaret allerede er fastslått at det foreligger en mangel.

forhold ingen av partene i utgangspunktet kunne tatt i betraktning. Skarpe og firkantede regler vil være gunstig for å unngå denne usikkerheten, og forhindre at tvister mellom partene oppstår.

Videre vil den skjønnsmessige vurderingen være konfliktskapende og lite forutberegnelig for entreprenørsektoren. Den relative standarden gjør det vanskelig å trekke klare generelle kriterier for hvem som må bære risikoen. Terskelen for å gå til søksmål og anke er derfor mindre, enn der hvor retningslinjene er klare og tydelige for partene. Det skaper således en generell usikkerhet for aktørene i byggebransjen.

Dette taler for at det i entreprisen bør være en helt objektiv mangelsvurdering, hvor det tas utgangspunkt i at entreprenøren har påtatt seg en resultatforpliktelse ved kontraktsinngåelsen.<sup>75</sup>

- d) En sammenligning av mangelsreguleringen i NS 3431 og NS 8405 i forhold til NS 8401 og bustadoppføringslova

Til slutt kan det foretas en sammenligning av hvordan problematikken ved utviklingssvikt løses i henholdsvis NS 3431 og NS 8405 i forhold til buofl. og NS 8401.

Mangelsvurderingen i NS 3431 og NS 8405 innebærer at det må foreligge et avvik mellom avtalen og den faktiske ytelse, og avviket må skyldes omstendigheter som ikke kan tillegges entreprenørens risikofære.

Både etter buofl. og NS 8401 må det foreligge et kontraktsavvik og en vurdering av entreprenørens risikofære. I tillegg har de et subjektivt element ved at kravet til faglig forsvarlig handlemåte kan innskrenke omfanget av forpliktelsen entreprenøren har påtatt seg. Når det gjelder buofl. vises det til punkt 3.3.4 for betydningen av

---

<sup>75</sup> Disse retts tekniske hensyn synes å ha vært avgjørende for løsningen i tysk rett. Etter tysk rett hefter entreprenøren i utgangspunktet for utviklingsskader, selv om ytelsen er i overensstemmelse med alminnelig byggeskikk på utførelsestidspunktet, jfr. Kleine-Möller og Merl, Baurecht, s. 661 og Merl: Fallen s. 36 og 71, se henvisning i Buch (2007) s. 147.

henvisningen til subjektive forhold hos entreprenøren. Løsningen i NS 8401 kan ses i lys av at den prosjekterende i utgangspunktet har en innsatsforpliktelse.<sup>76</sup>

Det problematiske med reguleringen i de kommersielle entrepriser er at spørsmålet om hvem som skal bære risikoen ved utviklingssvikt har vært kjent før vedtagelsen av NS 3431 og NS 8405. De har i motsetning til buofl § 25, jfr. § 7 og NS 8401 punkt 13.1, ikke tatt innover seg at rettspraksis og teori legger opp til en streng innsatsforpliktelsesvurdering ved utviklingsfeil. Når dette ikke gjenspeiles i mangelsreguleringen, kan det spørres om hva som er bakgrunnen for dette.

Oppfatningen til partene som utarbeidet standarden, kan ha vært at utviklingsrisikospørsmålet har vært tilfredsstillende løst under tilsvarende mangelsbestemmelser tidligere. Den nåværende regulering innebærer således bare en stilltiende videreføring av eldre teori og praksis. En slik forståelse kan ha sin bakgrunn i utviklingsfeilenes komplekse, mangeartede og uforutsigbare karakter. I så fall vil hensynet til enkelhet i reguleringen være prioritert foran hensynet til å presisere virkningen av utviklingssvikt og forutberegnlighet for partene.

En annen forklaring på bestemmelsenes utforming, kan være at kvalitetskravene i NS 3431 punkt 12.3 og NS 8405 punkt 11.1, utfyller hva som ligger i mangelsansvaret når kontrakten ikke inneholder spesifikke funksjonskrav. En slik kontekstuell og systematisk tolkning, vil bidra til at det inntas en aktsomhetsvurdering ved spørsmålet om det foreligger en mangel ved utviklingsfeil.

En siste synsvinkel er at partene som utvikler standardene har sett problematikken, men ikke ønsket å regulere det nærmere, fordi de er i tvil eller uenige om hvordan den nærmere løsningen bør være. De har dermed latt praksis og teori utvikle området. Det er denne løsningen som synes å ha vært intensjonen i forarbeidene til buofl.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Se 3.3.3.

<sup>77</sup> Se NOU 1992:9 s. 60-61 under punkt 3.4.

Det skal ikke spekuleres videre i hva som er årsaken til den manglende regulering av utviklingsfeil i NS 3431 og NS 8405. Det er likevel betenkelig at det ikke skapes klarhet for hvordan involverte parter skal forholde seg i en situasjon ingen av dem kunne forutse. Dette gjør seg særlig gjeldende hvor det enkelt kunne vært inntatt en regulering som i buofl. og NS 8401, hvis dette hadde vært intensjonen til de som utformet standardene. På grunn av den uklarhet reguleringen innebærer, taler det for at entreprenøren har en resultatforpliktelse, og et objektivt ansvar for mangler som har sitt opphav i en utviklingsfeil.

### **3.4    *Konklusjon***

Det kan ut fra dette kildematerialet konkluderes med at forpliktelsestypen er avgjørende for om det gjøres unntak fra entreprenørens resultatforpliktelse i mangelsvurderingen.

Når det fremkommer spesifikke krav til ytelsen, er entreprenørens resultatforpliktelse av en slik art at den ikke bør påvirkes av senere utviklingssvikt ved prosjektet. Et avvik fra kontraktens krav medfører et objektivt mangelsansvar. Det gjøres bare unntak ved revisjon gjennom forutsetningslæren.

Hvor derimot kontrakten ikke angir bestemte krav, må det inntas en profesjonsnormsvurdering på utførelsestidspunktet, for å avgjøre hvilken risiko entreprenøren ”svarer for” ved utviklingsfeil. Det gjøres dermed et unntak fra entreprenørens resultatforpliktelse. På tross av at reelle hensyn tilsier at entreprenøren bør ha et objektivt mangelsansvar for utviklingsfeil, gir det ikke tilstrekkelig grunnlag for å legge et annet utgangspunkt til grunn. Det må fra et rettskildemessig perspektiv foreligge helt klare holdepunkter for å gjøre unntak fra en rettsoppfatning som ensidig har blitt lagt til grunn både i rettspraksis og teori.

Fleksibiliteten i profesjonsnormen medfører at risikoen entreprenøren ”svarer for” ved utviklingsfeil tilpasses den konkrete sak. Denne relativiteten skaper en glidende overgang fra en innsatsforpliktelse til en så streng vurderingsnorm, at entreprenøren i

praksis har en resultatforpliktelse og et objektivt mangelsansvar for utviklingsfeil. Videre vil den manglende forutberegnlighet profesjonsnormen skaper, delvis veies opp ved at entreprenøren bør ha bevisbyrden.

Det gjør at hensynene som taler for en resultatforpliktelse og et objektivt mangelsansvar ved utviklingsfeil til en viss grad blir ivaretatt. En profesjonsnorm i kombinasjon med en omvendt bevisbyrde, medfører at det reelle avviket mellom en streng innsatsforpliktelse og resultatforpliktelse med objektivt ansvar for utviklingsfeil, blir begrenset. Ulikheten ligger i at forpliktelsestypene utgjør to forskjellige teoretiske utgangspunkter, som i mange tilfeller likevel vil føre til samme resultat.

Når forskjellene er begrenset, må det på generelt grunnlag uttrykkes en viss skepsis til å gjøre for mye ut av sontringen mellom resultat- og innsatsforpliktelse. Forpliktelsestypen har mer en funksjon av å være navn og hjelpebegreper på sluttresultatet, og kategorier hvor ulike utfall kan plasseres. Byggeindustrien er et komplekst område, særlig når det gjelder fremtidig utvikling. Det fremstår derfor som lite hensiktsmessig å plassere en ytelsesplikt kategorisk under det ene eller andre begrepet.

Likevel må ikke de terminologiske poengene som skiller resultat- og innsatsforpliktelsene ignoreres. Forutsetningslæren og unntaket fra kontrollansvaret er henholdsvis grunnlag for å modifisere en resultatforpliktelse og en fritakelse fra et objektivt erstatningsansvar. De forutsetter at entreprenøren i utgangspunktet har en resultatforpliktelse. Grunnlagene vil derfor ikke kunne komme til anvendelse hvis utviklingssvikt uten videre innebærer en omgjøring av entreprenørens plikt fra en resultat- til en innsatsforpliktelse. Dette terminologiske aspekt gjør at det fortsatt er fruktbart å bruke hjelpebegrepene innsats- og resultatforpliktelse ved utviklingsfeil i kommersielle entrepriser.



## **4 Bør utgangspunktet for aktsomhetsvurderingen være en vitenskapelig kunnskapsnorm?**

### **4.1 *Innledende bemerkninger***

Fremstillingen har så langt omhandlet det overordnede spørsmålet om hvem av partene som må bære risikoen for utviklingsfeil i kommersielle entrepriser. Det vil i det følgende gås dypere inn i materien på to underspørsmål.

Problemstillingene som presenteres i punkt 4.3 og 5.1 baserer seg på tilfellet hvor utviklingsfeilen påberopes etter overtagelsen, og det ikke fremgår spesifikke krav til ytelsen av kontrakten. Hvor kontrakten ikke inneholder spesifikke krav, beror risikofordelingen ved utviklingsfeil på en profesjonsnormsbedømmelse av entreprenøren. Det handler således ikke lenger om hvorvidt risikoen for utviklingsfeil inngår i entreprenørens resultatforpliktelse, men hvor streng innsatsforpliktelsen skal være. Underproblemstillingene angår enkeltfaktorer i den aktsomhetsvurdering som må foretas av entreprenørens kunnskap på utførelsestidspunktet. Det fremstår derfor som nødvendig å ha en kort presentasjon av denne vurderingen.

### **4.2 *Aktsomhetsvurderingen ved utviklingsfeil***

Det er ikke mulig på dette punkt å gi en uttømmende liste på hvilke faktorer som kan komme inn vurderingen. Formålet med punktet er å belyse hvor aktsomhetsstandarden synes å være, og hvilke momenter som generelt er utslagsgivende i den vurderingen.

En profesjonsnormsvurdering kan sies å bestå av to faktorer, aktpågivenhet og kunnskapsnivå.<sup>78</sup> For utviklingsfeilene relaterer forsvarlighetsvurderingen seg til spørsmålet om kunnskap vedrørende valg av prosjekterings- og metodeløsninger. Vurderingstemaet er om entreprenørens kunnskapsnivå og innsats, objektivt sett har

---

<sup>78</sup> Urbye(2002) s. 143.

vært rimelig tilpasset prosjektets format og vanskelighetsgrad.<sup>79</sup>

Utgangspunktet for hvor streng normen skal være beror avtalens på bestemmelser sett i lys av byggherrens berettigede forventninger av kontraktsarbeidet. Byggherren regner med at entreprenøren sitter inne med høy fagkunnskap og gode kvalifikasjoner. Et naturlig grunnlag for å vurdere om byggherrens berettigede forventninger kan anses oppfylt, er å sammenligne den valgte løsning med forskrifter, standarder og normer i bransjen. Så lenge løsningen er i samsvar med anbefalinger som følger av bransjepraksis, bør den i utgangspunktet anses for å være forsvarlig.

Det er fastslått i rettspraksis at manglende erfaring og kunnskap hos en prosjekterende er uten betydning for motpartens rolleforventning.<sup>80</sup> Derimot må en entreprenørs særlig kvalifikasjoner bety at det kan stilles strengere krav til hva byggherren kan forvente. Dette gjør at aktsomhetsbedømmelsen i disse tilfeller vil kunne ligge tett opp mot et objektivt mangelsansvar for utviklingsfeil.

Ved mangelsvurderingen av prosjekterende og byggeleders kontraktsytelser, er det i teori og praksis lagt vekt på hvilke forpliktelser som er misligholdt.<sup>81</sup> Det er fremhevet at jo nærmere den prosjekterende eller byggelederen er kjerneområdet til profesjonen, jo strengere må normen anses for å være. I relasjon til entreprisen bør det således være av interesse for aktsomhetsvurderingen om utviklingssvikten har å gjøre med essensen, eller et mer perifert område av entreprenørens arbeidsoppgaver.

Videre vil det kunne spille inn i hvilken grad byggherren har godkjent en fremlagt løsning fra totalentreprenøren. Det fremgår av NS 3431 pkt 14.4 at byggherrens aksept av fremlagte forslag til konstruksjoner og løsninger, ikke fritar en totalentreprenør fra å prestere i samsvar med kontraktens funksjonskrav. Det vil imidlertid ha skapt åpenhet om grunnlaget for valget av løsning. Utformingen av godkjennelsen kan på denne

---

<sup>79</sup> Hagstrøm (2003) s. 457.

<sup>80</sup> Rt 1994 s. 1430.

<sup>81</sup> Røed, "Byggeleder og konsulentavtaler", (2006) s. 220 og LF-2008-134880.

måten få betydning for hvem av partene som må bære risikoen for senere utviklingsfeil ved løsningen.

Til slutt vil det måtte tillegges vekt i hvilken grad kontrakten setter spesifikke krav til ytelsen på det området hvor utviklingsfeilen har medført et avvik. Dette har som nevnt betydning for hvilke forventninger byggherren kan ha til ytelsen. Som en konsekvens av at entreprenøren i utgangspunktet bærer risikoen for utviklingsfeil hvor kontrakten angir helt spesifikke krav, må aktsomhetsnormen karakteriseres som strengere jo mer detaljert kontrakten angir funksjonskrav til ytelsen. Hvis angivelsen i prosjekteringsmaterialet eller arbeidsbeskrivelsen derimot er vage og skjønnsmessige, vil dette gi større spillerom for entreprenørens aktsomhet ved senere utviklingsfeil.

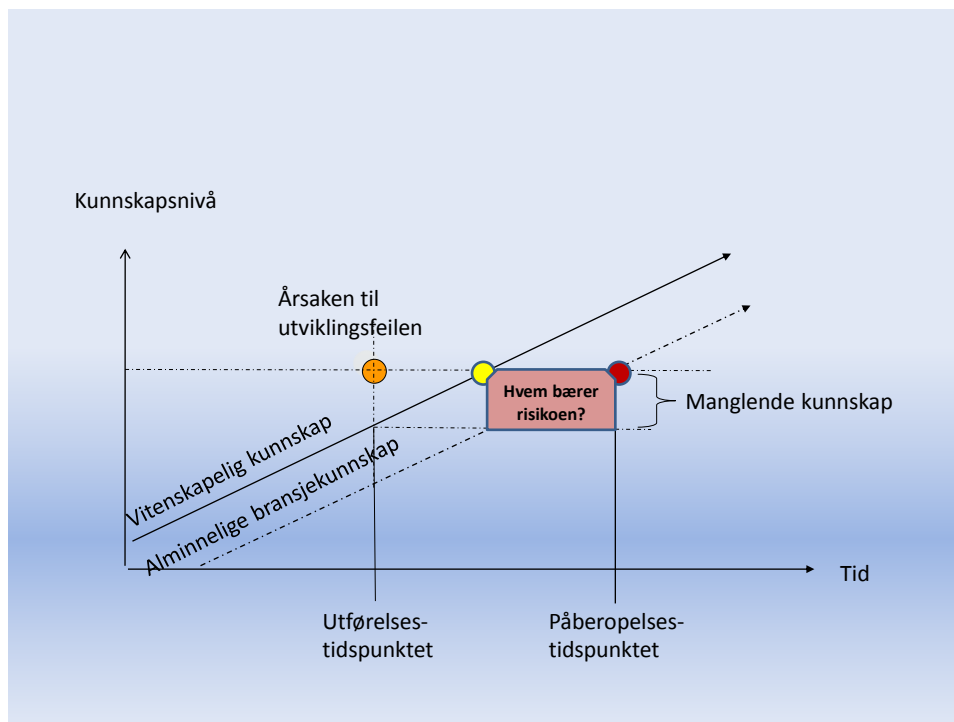
### **4.3 Om problemstillingen**

Denne underproblemstillingen gjelder hvor streng innsatsforpliktelsen bør være ved utviklingsfeil. Som nevnt ovenfor utgjør den alminnelige bransjeerfaringen et utgangspunkt i aktsomhetsvurderingen av entreprenørens løsningsvalg. Foreligger det holdepunkter for å flytte denne terskelen, slik at det er den til enhver tid gjeldende vitenskapelige kunnskap som er avgjørende for mangelsvurderingen ved utviklingssvikt?

Problemstillingen kan illustreres ved hjelp av figuren på neste side.<sup>82</sup> Den viser at verken vitenskapelig eller alminnelig bransjekunnskap var tilstrekkelig for å kjenne til utviklingssvikten på utførelsestidspunktet. Spørsmålet blir hvem av partene som bærer risikoen for det skraverte området, det vil si for perioden mellom der det har oppstått vitenskapelig kunnskap om årsaken til utviklingssvikten, og frem til det foreligger alminnelig bransjekunnskap om forholdet.

---

<sup>82</sup> Figur utledet av og bearbeidet fra Lasse Simonsen sitt forelesningsmateriale i obligasjonsrett for dag 9, JUR 3000 – Vår 2011 (3.avdeling masterstudiet i rettsvitenskap).



Selv om denne problemstillingen relaterer seg til hvor streng innsatsforpliktelsen bør være, kan det ikke holdes adskilt fra de tilfeller hvor det er angitt bestemte funksjonskrav til ytelsen. Kravet til en vitenskapelig norm kan være en faktor i forutsetningslærens relevansbedømmelse,<sup>83</sup> og således ha betydning for om entreprenørens resultatforpliktelse bør modifiseres. Argumentasjonsmåten i Rt. 1999 s. 922 kan forstås i den retning, men kan samtidig sies å være en illustrasjon for spørsmålet om hvor streng innsatsforpliktelsen bør være.

#### 4.4 **Rettspraksis, Rt. 1999 s 922, "Salhus flytebro"**

Saken gjaldt Arbeidsfellesskapet Salhus Flytebru(AF) som hadde inngått en utførelsesentreprisekontrakt med Statens Vegvesen i Hordaland(SVH), for utbygging av Nordhordalandsbrua over Salhusfjorden. Kværner Eureka AS Moss(KEUM) var underentreprenør for stålarbeidene på brua. Tvistespørsmålet som er av interesse for problemstillingen, gjaldt entreprenørens krav på tilleggsbetaling for merutgifter.

<sup>83</sup> Se 3.2.5.

Broen var delt i en høybro og en flytebro. På det punkt hvor høybroen løp ned på flytebroen, og for festene til flytebroen på hver side, var det nødvendig med en særlig styrke i stålkonstruksjonen. AF ønsket å løse dette ved å anvende høyfast stål. Under sveisearbeidet oppstod det sprekkdannelser i de seksjoner der høyfast stål ble brukt. Selv om årsaksbildet var sammensatt, kom retten til at hovedårsaken var for mye hydrogen og fuktighet i sveisen. For å løse problemene ble det forsøkt ulike metoder. Ni måneder etter at de første sprekkenes oppdaget, ble det besluttet at sveisingen skulle foregå med høy forvarming og ettervarming. AF utførte arbeidet, men fremsatte etter overtagelsen krav om vederlagsjustering, siden tiltakene medførte økte kostnader. Spørsmålet for retten var hvem av partene som måtte bære risikoen.

Retten kom til at KEUM var nærmest til å bære den økonomiske risikoen når forutsetningen om at det ikke ville være nødvendig med for- og ettervarme viste seg å svikte. Både flertallet og mindretallet la til grunn at entreprenøren ved kontraktsinngåelsen hadde forpliktet seg til å frembringe et bestemt resultat. De var enige i at entreprenøren ikke hadde krav på tilleggsvederlag gjennom en modifisering av resultatforpliktelsen, men begrunnet dette med ulike rettslige grunnlag. Det relevante i vår sammenheng, er forskjellen som synes å fremkomme av hvilken norm henholdsvis flertallet og mindretallet la til grunn for kravet til entreprenørens kunnskap. Flertallet fremholdt at begrunnelsen for deres resultat var at:

*”Jeg finner ikke støtte i håndbøkene for AF’s anførsel om at sprekkdannelsene representerte en utviklingsrisiko som må bæres av byggherren. Tvert om var faren for hydrogensprekker kjent og også de nødvendige mottiltak kjent”.<sup>84</sup>*

De anså årsaken til utviklingssvikten som en del av den alminnelige bransjekunnskapen. Mindretallet kom til samme resultat, men begrunnet ikke dette i et sammenfall mellom utviklingsfeilens årsak og bransjekunnskapen:

---

<sup>84</sup> Rt. 1999 s. 922(938).

*”Rett nok må jeg, i tråd med det de fagkyndige meddommerne i herredsretten og i lagmannsretten har uttalt eller gitt sin tilslutning, bygge på at de norske erfaringene med slikt sveisearbeid var begrenset da anbudet ble inngitt og entreprisekontrakten sluttet høsten 1991. Men som omtalt av førstvoterende, forelå allerede da kunnskap som burde ha gitt entreprenøren god grunn til å foreta nærmere undersøkelser av hvilken sveisemetode som ville kunne benyttes i forbindelse med det høyfaste stålet.”<sup>85</sup>*

Det synes som mindretallet la mer vekt på at det var begrenset kunnskap om hydrogensprekker i bransjen. Deres vurderingsnorm kan karakteriseres som en bedømmelse av entreprenøren etter en vitenskapelig kunnskapsterskel, med en lojalitetsplikt om å foreta ytterligere undersøkelser av den valgte løsningen. Entreprenøren måtte etter mindretallets oppfatning bære risikoen fordi denne lojalitetsplikten var brutt, og ikke fordi de burde hatt kjennskap til årsaken bak utviklingssvikten. Det tyder på at SVH kunne blitt pålagt risikoen hvis AF hadde hentet inn erfaringsmateriale fra lignende konstruksjoner i entreprisekontrakter og andre tilvirkningskontrakter, men kommet til samme konklusjon på løsningsvalget.

Mindretallets tolkning kan peke i retning av at det gjelder et mer generelt lojalitetskrav ved oppdagelse av utviklingsfeil.<sup>86</sup> Dette gjelder ikke bare for unnlatt varsel, men omfatter også et krav om ytterligere undersøkelser når det foreligger usikkerhet ved løsningsvalget.

Denne fortolkningen har begrenset, om enn ingen rettskildemessig vekt. Avgjørelsen gir derfor ikke grunnlag for å gjøre unntak fra den alminnelige bransjeerfaring som et utgangspunkt for vurderingen av om en løsning er forsvarlig. Likevel er den en illustrasjon på hvordan den relative profesjonsnormen fungerer og tilpasses det konkrete saksforholdet.

---

<sup>85</sup> Rt. 1999 s. 922(944).

<sup>86</sup> Se punkt 2.3.

## 4.5 Juridisk teori

Den juridiske teorien har ikke direkte tatt opp dette spørsmålet ved utviklingsfeil. Det finnes derimot generelle uttalelser om hvor streng profesjonsnormen skal være, og som kan kaste lys over om det er grunnlag for å legge en vitenskapelig norm til grunn.

Krüger innleder med henvisning til blant annet Rt. 1968 s 783 en drøftelse om hvilken kvalitet som på generell basis kreves ved utførelsen av profesjonsarbeider. Selv om uttalelsene gjelder alle typer profesjonsansvar, må de også tillegges vekt for enkeltvise profesjonsutøvere som entreprenører. Han fremhever at det hele må bero på en konkret og relativ vurdering hvor profesjonens bransjeoppfatninger, praksis og kutymer gjør seg gjeldende. Videre uttales det at:

*”... formulert som krav til vanlig eller gjengs kvalitet til kontraktsprestasjoner kommer reglene om prestasjonskvalitet til å fungere som terskelverdier omtrent som et erstatningsrettslig culpaansvar. Normen har en positiv side. Det blir ansvar når normen ikke er tilfredsstilt, men også en negativ: Parten går fri fra ansvar dersom bransjekravene er oppfylt, selv om det teknisk, teoretisk og på en annen måte hadde vært mulig å oppnå et enda bedre resultat(eventuelt unngå den skade som oppstod).”<sup>87</sup>*

Det som kan trekkes ut av uttalelsen er at profesjonsansvaret ligger nært det objektive ansvaret. Han fremhever likevel at utgangspunktet for bedømmelsen av profesjonsutøveren er alminnelige bransjekrav, og ikke hva den vitenskapelige forskning skulle tilsi var den beste løsningen.

Urbye la som vist ovenfor til grunn at byggherren i utgangspunktet måtte bære risikoen ved utviklingsfeil. Imidlertid synes det som han har en annen oppfatning enn Krüger for hva som kan forventes av kunnskapen til en prosjekterende rådgiver, jfr. punkt 7.4 i NS 8401:

---

<sup>87</sup> Krüger (1989) s. 223-224.

*”Det forhold at den prosjekterende kun har en omsorgsforpliktelse, betyr likevel ikke noen vesentlig ansvarsbegrensning. Hans ytelse vil bli bedømt etter en streng profesjonell norm. Man vil ved vurderingen av om oppdraget er kontraktsmessig utført kreve at den prosjekterende er fullt ut faglig oppdatert... Han skal kjenne til de siste forskningsresultater vedrørende aktuelle tekniske løsninger, som er publisert og tilgjengelig i bransjen.”<sup>88</sup>*

Uttalelsen kan tolkes som en presisering av hva som ligger i alminnelige bransjeerfaring som vurderingstema. Likevel synes kravet om kjennskap til de nyeste forskningsresultater som en utvidelse, og et strengere krav til kunnskap, enn hva som etter en alminnelig oppfatning kan antas å følge av alminnelige bransjestandarder.

Forskjellen mellom oppfatningene kan forstås ut fra at Krüger konkluderer på generelt grunnlag, mens Urbye relaterer aktsomhetsnormen spesielt for en bestemt type profesjonsutøvere. Uten å trekke for klare slutninger fra juridisk teori som ikke direkte tar opp problemstillingen, kan Urbye anses å åpne for en strengere norm for prosjekterende enn det som følger av den alminnelige bransjeerfaringen.

#### **4.6 Reelle hensyn**

Et kjennetegn ved byggebransjen er at det foregår en kontinuerlig teknologisk utvikling. En entreprenør kan ikke forutse alle virkninger en bestemt løsning kan få i fremtiden. I alminnelighet kan det heller ikke kreves at en entreprenør har kunnskap om enhver tilgjengelig internasjonal vitenskapelig forskning.

Det ville være ressurskrevende både i form av tid og penger å holde seg løpende oppdatert på hva som til enhver tid skjer på forskningsfronten. Videre kan dette skape spørsmål om hvilken vitenskap som entreprenøren kan, og ikke kan, bygge på. All den forskning som er tilgjengelig, befinner seg på ulike stadium i forhold til kvalitet og tillit fra bransjen. Hvis profesjonsvurderingen skulle baseres på en vitenskapelig norm, ville

---

<sup>88</sup> Urbye (2002) s. 74.



det kunne skapt store skjønnsmessige tolkningsproblemer av kvaliteten på forskningen.

På en annen side må det legges til grunn at profesjonsnormen er en relativ standard. Det som nevnt under punkt 4.2 stilles strengere krav hvor profesjonsutøveren er særlig kompetent. Dette synes å ha vært av betydning i Salhus flytebro-dommen, hvor det ble lagt vekt på av retten at KEUM var en del av Kværnerkonsernet, som satt inne med landets muligens fremste ekspertise på stål. Dette tyder på at hvor entreprenøren er ledende innenfor sitt fagfelt, må det i utgangspunktet kreves mer av vedkommendes kunnskap enn den ”vanlige” entreprenør.

Videre må de reelle hensyn som begrunnet at entreprenøren burde ha en resultatforpliktelse hvor kontrakten ikke inneholdt spesifikke funksjonskrav, også få en viss betydning for hvor streng innsatsforpliktelsen bør være.<sup>89</sup>

Det må til slutt kunne åpnes for en ”mer til det mindre betraktning” ut fra en analyse av Urbye sine uttalelser om prosjekteringsansvaret ovenfor.

Prosjekterende har som nevnt en innsatsforpliktelse overfor sin oppdragsgiver. Urbye legger for deres arbeid en streng norm for kunnskap til grunn, som hvert fall ligger tett opp mot at den prosjekterende ved valg av løsninger skal ha oversikt over vitenskapelig forskningsresultater. Det må vurderes om denne normen også bør legges til grunn for entreprenører, som etter en tradisjonell oppfatning har en resultatforpliktelse.

Denne vurderingen må ses i lys av at det skal utvises en viss forsiktighet med å legge for stor vekt på å plassere ulike kontraktsforpliktelser i kategorier.<sup>90</sup> Videre tar betraktningen utgangspunkt i forpliktelsestypens karakter ved kontraktsinngåelsen og ikke på utførelsestidspunktet, hvor entreprenørens forpliktelse i mange tilfeller modifiseres til en streng innsatsforpliktelse.

---

<sup>89</sup> Se punkt 3.3.9.

<sup>90</sup> Se punkt 3.4.

Entreprenører er som prosjekterende rådgivere og konsulenter regnet som profesjonsutøvere på grunn av den fagkunnskap de sitter inne med. I motsetning til prosjekterende, er den vanlige oppfatning at de i utgangspunktet har en resultatforpliktelse overfor oppdragsgiveren. Når kunnskapsterskelen ligger på, eller tett oppunder et vitenskapelig nivå for prosjekterende som har en innsatsforpliktelse, må det i hvert fall gjelde for entreprenører som har en mer omfattende forpliktelse.

Denne ”mer til det mindre betraktningen” er basert på én teoretisk uttalelse. Den må likevel ha en viss overføringsverdi som et generelt synspunkt, for hvor streng terskelen bør være aktsomhetsvurderingen.

#### **4.7    *Konklusjon***

Konklusjonen må ut fra de presenterte rettskildefaktorene være at entreprenøren ved en utviklingsfeil ikke bør vurderes ut fra en vitenskapelig kunnskapsnorm, men den alminnelige bransjeerfaringen. Bakgrunnen er at rettspraksis og teori bygger på dette utgangspunktet, og at det må foreligge klare holdepunkter for å gjøre unntak fra en slik festnet oppfatning. Relativiteten i profesjonsnormen innebærer imidlertid at en vitenskapelig kunnskapsnorm i den konkrete sak kan bli avgjørende for hvor streng innsatsforpliktelsen skal være.

## **5 Hvor langt kan en entreprenør gå i å eksperimentere med nyutviklede løsninger?**

### **5.1 Innledende bemerkninger**

Det vil ved ethvert byggeprosjekt i utgangspunktet være flere løsningsalternativer når det gjelder valg av løsninger. Videre vil det være en glidende overgang fra de situasjoner hvor en bestemt metode klart fremstår som det naturlige valget, til der det virker like naturlig å velge den ene fremfor den andre. Det er når ett valg ikke fremstår som det klart mest selvfølgelige, at det blir et spørsmål om hvor langt en entreprenør kan gå i å anvende en nyutviklet løsning.

Den nyutviklede metoden vil være utviklet av aktører i bransjen, som for eksempel ledende forskningsinstitutter som SINTEF. Problemstillingen er om en strengere aktsomhetsvurdering bør legges til grunn hvor entreprenøren anvender en tilnærmet ny og uprøvd metode utviklet av denne type institusjoner.

### **5.2 Juridisk teori**

Det fremgår av teori og praksis at så lenge entreprenørens valg av løsning var forsvarlig på byggetidspunktet, må byggherren i utgangspunktet bære risikoen for dette. I den juridiske teorien er det fremhevet at vurderingen av aktsomheten i valget vil være strengere når entreprenøren benytter en nyutviklet metode. Hagstrøm hevder at hvor entreprenøren eksperimenterer ved valg av løsninger med uprøvdde metoder der andre fremgangsmåter kunne vært valgt, vil risikofordelingen bli annerledes.<sup>91</sup> Dette synes også å være tankegangen til Barbo når det fremheves at ved totalentrepriser:

*”... må den rene eksperimentering være de prosjekterendes risiko, og entreprenøren hefter fortsatt for uaktsomt forhold hos ham selv eller noen han svarer for.”<sup>92</sup>*

---

<sup>91</sup> Hagstrøm(1997) s. 85-86.

<sup>92</sup> Barbo(1990) s. 62.

Ingen av disse uttalelser sier noe eksplisitt om at eksperimenteringen i seg selv må fremstå som forsvarlig. Likevel må dette være en forutsetning ved oppfatningene, i det et sjansevalg som ikke er forsvarlig, uansett vil være entreprenørens egen risiko.

Det som kan trekkes ut av de nevnte teoretiske uttalelser er at en annen aktsomhetsvurdering i utgangspunktet må legges til grunn ved valget av nyutviklede løsninger. Bakgrunnen for synspunktet er at entreprenører, som tar sjanser på byggherrens regning, må som den eksperimenterende part være nærmest til å bære risikoen for eventuell svikt fremgangsmåten medfører.

### **5.3     *Rettspraksis***

#### **5.3.1    Vgd. av 17/9-1960**

Oppfatningen i norsk juridisk teori har sin støtte i en upublisert voldgiftsrettsdom av 17/9-1960.<sup>93</sup> Tvisten gjaldt en totalentreprise hvor spørsmålet var hvem av partene som måtte bære risikoen for sprekkdannelser som oppstod i byggearbeidet. Mangelen hadde sin årsak i at det var anvendt en nyutviklet løsning, hvor de uheldige egenskapene ikke var kjent på prosjekterings- og utførelsestidspunktet. Resultatet ble likevel at entreprenøren måtte bære risikoen, og dermed utbedre sprekkdannelsene som hadde oppstått ved byggearbeidet. Det må legges begrenset vekt på en 50 år gammel upublisert voldgiftsdom, men den fungerer som et utgangspunkt og en illustrasjon på oppfatningen av spørsmålet i norsk entrepriserett. Likevel er det nødvendig å se dette i lys av to nyere underrettsdommer, og i hvilken grad de bryter med dette utgangspunktet.

#### **5.3.2    TOSLO-2007-110178, ” Akershus Festning”**

Tingrettsavgjørelser har på generell basis, og spesielt innenfor entrepriseretten på grunn av dets komplekse karakter, begrenset rettskildemessig vekt. Imidlertid kan en dom fra

---

<sup>93</sup> Dommen er ikke tilgjengelig, referert fra Sandvik(1966) s. 218-219.

Oslo tingrett vedrørende oppføring av et ledelsesbygg for Forsvaret illustrere problemstillingen.<sup>94</sup>

Saken gjaldt tvist om oppgjør for entreprisarbeider utført av Veidekke Entreprenør AS (VDE) for byggherren Forsvarsbygg Utvikling (FBU) på Akershus Festning. Den ene av sakens to krav gjaldt et motkrav fra FBU på prisavslag for feilvalg av en integrert persienneløsning. Resultatet ble at FBU ikke fikk medhold i kravet om prisavslag.

Konkurranses grunnlaget ga åpning for bruk av alternative løsninger for entreprenøren. Det var en primærløsning, som senere ble valgt, med integrerte persiener i isolerglasset. Kommersielt sett var det en relativt ny og lite utbredt konstruksjon, med få referanseanlegg i Norge. De alternative løsningene med bruk av enten innvendige eller utvendige persiener, var mer konvensjonelle og utprøvde varianter.

Retten tok utgangspunkt i at VDE som totalentreprenør hadde risikoen for at de funksjonskrav som prosjekteres, ble utført i henhold til kontraktens krav. Retten så det imidlertid ikke slik at persienneløsningen var å anse som et funksjonskrav, men en løsning som byggherren hadde foreskrevet i konkurransegrunnlaget. Dette gjorde at FBU måtte bære risikoen. Retten mente videre at samme løsning fulgte av det entrepriserettslige prinsippet om at byggherren normalt må bære utviklingsrisikoen. De uttalte at;

*”Ut fra det som har framkommet, synes det som løsningen med integrerte persiener var et forsvarlig, men ikke urisikabelt, valg [på] da beslutningen ble tatt på bakgrunn av det begrensede erfaringsmaterialet som forelå. Det er først [er] den senere utvikling - erfaringen fra ISL-prosjektet - som har vist at det valgte formatet medfører omfattende funksjonssvikt. Risikomomentene må FBU anses å ha vært klar over og akseptert.”*<sup>95</sup>

Dommen viser for det første at hvor byggherren har anvist en bestemt løsning i

---

<sup>94</sup> TOSLO-2007-110178.

<sup>95</sup> Grammatiske feil i domspremissene.

programangivelsen og avgrenset totalentreprenørens valgfrihet, må byggherren anses for å bære risikoen for senere utviklingsfeil ved konstruksjonen, jfr. punkt 9.8, jfr. punkt 9.9 i NS 3431.

Selv om utviklingsrisikoen brukes som et støtteargument, legges det for det andre til grunn en aktsomhetsvurdering etter samme standard, også ved valget av en mer risikabel løsning. Den benyttede persienneløsningen fremstod som et eksperiment, men mangelens årsak lå ikke i at denne sjansen ble tatt. Bakgrunnen var derimot at den teknologiske kunnskapsutvikling i bransjen medførte at løsningen senere fremstod som mangelfull. Retten kom derfor til at det ikke var grunnlag for en strengere forsvarlighetsvurdering av entreprenørens valg.

### **5.3.3 LG-2009-188753, "Ringhorne-avgjørelsen"**

Den andre avgjørelsen som synes å ta opp denne problemstillingen er en petroleumskontraktstvist ved utbyggingen på Ringhornfeltet i Nordsjøen.<sup>96</sup> På grunn av den påvirkning disse tilvirkningskontraktene har hatt innenfor standardene i entreprisen, kan den sies å ha en viss overføringsverdi og fungere som en illustrasjon for fremstillingen.<sup>97</sup>

Saken gjaldt et kontraktsforhold mellom Heerema og ExxonMobil. Problemstillingen var hvem av partene som skulle bære det økonomiske ansvaret for at det oppstod problemer med malingssystemet på en oljeboringsplattform. Det fulgte av kontrakten at overflatebehandlingen skulle utføres i henhold til ExxonMobil's designstandard og tekniske spesifikasjoner "Surface Preparation & Protective Coating", som implementerte standarden NORSOK M-501.<sup>98</sup> Blant flere ulike alternativer valgte underleverandørene til Heerema, ut fra disse rammene, et to-lags system fra

---

<sup>96</sup> LG-2009-188753.

<sup>97</sup> F.eks. det formaliserte endringssystem i NS 3430 og oppfølgeren NS 8405

<sup>98</sup> NORSOK er et samarbeidsorgan mellom myndigheter, arbeidstakere og industrien, som har til formål gjennom standardiseringsarbeid å redusere kostnadsnivået på norsk sokkel. Det var først to år etter det utførte arbeidet, at NORSOK innførte et tillegg om at prekvalifisering bare var å anse som et minimumskrav for materialer som ble godkjent under standarden.

malingsprodusent Carboline. Dette systemet var prekvalifisert med god margin under dagjeldende NORSOK-standard. Det viste seg etter en stund at produktet medførte en svikt ved overflatebehandlingssystemet, selv om dette på kontraktsinngåelses- og utførelsestidspunktet var ukjent for alle i bransjen.

Det skal bemerkes at tvisten ble løst på bakgrunn av at Heerema hadde avgitt en garanti for hvilke egenskaper malingsproduktet skulle ha. Likevel er dommen av interesse for hvordan retten vektlegger det faktum at entreprenøren måtte foreta et valg mellom flere aktuelle alternativer. I den anledning uttalte retten at:

*”Flertallet legger for øvrig til grunn at antall malingsstrøk ikke var regulert i avtaleverket mellom partene. Det er heller ikke påvist for lagmannsretten at ExxonMobil ut fra kostnadsmessige hensyn skal ha gitt Heerema føringer mht. valg mellom et to eller trelags malingssystem. Heerema kunne således ha valgt en tre strøks kombinasjon av beskyttelse/maling som allerede hadde vært benyttet i Nordsjøen over lengre tid. Heerema valgte imidlertid å benytte seg av et tilnærmet nyutviklet tolags beskyttelses- og malingssystem uten noen «track-record»”.<sup>99</sup>*

Avgjørelsen viser at retten har lagt seg på en streng vurdering i forhold til at Heerema kunne valgt en annen mindre risikabel, og mer anerkjent løsning. Dette peker i retning av at selv om valget fremstod som forsvarlig isolert sett, gjelder det en annen terskel ved nyutviklede løsninger. Spørsmålet som står igjen etter dommen, er hva Heerema burde ha gjort for at de ikke skulle hatt risikoen for metodevalget?

Det er for entreprenøren umulig å forhåndsteste den benyttede løsningen for alle påkjenninger den kan utsettes for. Ved begrenset erfaringsmateriale kan utfyllende beskrivelser om løsningens anvendelighet, og bruken på lignende kontraktsarbeider, være et utgangspunkt for hva som utgjør et forsvarlig beslutningsgrunnlag.

ExxonMobil hadde gitt en teknisk spesifikasjon om at materialet måtte godkjennes

---

<sup>99</sup> LG-2009-188753.

under bransjestandarden NORSOK M-501, uten at det var gitt ytterligere tilleggskrav. På det tidspunkt Heerema valgte løsningen og utførte arbeidet, var den med god margin godkjent under denne standarden. Poenget med prekvalifiseringen var nettopp at offshorebransjen skulle kunne utvikle og anvende nye produkter basert på laboratorietesting, uten behov for langvarig utprøving i Nordsjøen.

Realiteten ved rettens begrunnelse er at det gjelder en aktsomhetsnorm ved nyutviklede metoder, der entreprenøren må foreta egne tester utover godkjennelse under gjeldende bransjestandard. Hvis ikke, foreligger det en forpliktelse om å oppnå resultatet som er angitt i kontrakten. Det medfører i så fall et tilnærmet objektivt mangelsansvar for utviklingsfeil.

Den strenge vurderingsnormen som retten oppstiller, kan forklares ut fra at offshorebransjen ikke er en arena hvor det i samme grad åpnes for utprøving av nye metoder som i entreprisen. Hvis derimot forsvarlighetsterskelen retten oppstiller kan overføres til de kommersielle entrepriser, skaper det vanskelige kår for en videre modernisering av nyutviklede løsninger i byggebransjen

Fremstillingen viser at den rettspraksis som foreligger spriker i begge retninger. På grunn av avgjørelsens begrensede rettskildemessige vekt kan de ikke anses for å bringe oss nærmere en løsning på problemstillingen. Det er derfor av interesse å utvide perspektivet for å se hvordan andre rettssystemer har løst tilsvarende spørsmål.

#### **5.4    *Dansk teori***

Teoretiske uttalelser i utenlandsk rett har begrenset rettskildemessig vekt. På grunn av likheter i norsk og dansk entrepriserett, og mangelen av rettskildemateriale i norsk rett, vil de likevel ha en viss illustrasjonsmessig betydning.

Anders Vestergaard Buch hevder at byggherren i utgangspunktet må bære risikoen, såfremt entreprenøren har gjort et valg eller en utførelse i samsvar med ”almindelig



byggeskikk”. Han mener at dette også gjelder hvor det er valgt en nyutviklet løsning, og uttaler at det avgjørende er:

*”... om entreprenøren, da han traff valget burde have indset, at han derved udsatte byggherren for en større risiko for fejl ved det ferdige arbejde enn nødvendigt... Selve anvendelsen af en ny fremgangsmåde bør imidlertid øge entreprenørens agtpågivenhed ved vurderingen af risikoen for, at der indtræder fejl. Derfor bør entreprenøren alene fritages for sin hæftelse, hvis han kan påvise konkrete omstændigheder, der på byggetiden måtte føre ham til den konklusion, at hans valg ikke ville forøge risikoen for fejl ved byggeriet. Jo længere vek entreprenøren beveger sig fra den på byggetiden sædvanlige fremgangsmåde, jo sværere bliver det for ham at løfte denne bevisbyrde”.<sup>100</sup>*

Det legges til grunn at hovedregelen vil være det samme hvor den nyutviklede metoden ikke medfører større risiko for svikt enn den tradisjonelle fremgangsmåten. Buch anvender videre entreprenørens bevisbyrde for å nyansere dette utgangspunktet.

I dansk teori har Hørlyck som nevnt fremhevet at mangelsvurderingen ved utviklingsfeil kan anses som et ”ansvar med omvendt bevisbyrde”.<sup>101</sup> Buch baserer seg på dette, men at det ved nyutviklede løsninger må foretas en strengere vurdering gjennom at entreprenørens bevisbyrde gradvis intensiveres. Bevisbyrden blir strengere og strengere, jo mer eksperimentell metoden.

Buch bryter derfor med annen dansk litteratur hvor presumsjonen er at byggherren anses for å bære risikoen. Jørgen Hansen har argumentert, med støtte i senere dansk voldgiftsrettspraksis, at risikoen for anvendelse av nye løsninger i utgangspunktet bør påhvile byggherren.<sup>102</sup> Bakgrunnen for synspunktet er at byggherren får fordelene som følger med den nyutviklede metoden, og derfor også bør ta risikoen for eventuelle negative virkninger den medfører. Problemet med dette argumentet er at entreprenøren

---

<sup>100</sup> Buch, ”Entrepriserettslige mangler”, (2007) s. 147.

<sup>101</sup> Hørlyck (2009) s. 345.

<sup>102</sup> Hansen (1984) s. 237 og 2000.252 VBA.

kan oppnå like store fordeler som byggherren ved anvendelse av nyutviklede løsninger.

Buch fremhever at presumsjonen for hvem som må anses for å bære risikoen er av mer teoretisk enn praktisk betydning, siden entreprenøren uansett har en lojalitetsplikt til å gjøre byggherren oppmerksom på risikoen ved anvendelsen av nyutviklede metoder.

Det kan ikke uten videre slutes at dansk teori bygger på et annet utgangspunkt og har en mildere forsvarlighetsbedømmelse ved nye metoder, enn hva som er tilfellet i norsk rett. Likevel må dansk retts mer nyanserte tilnærming til spørsmålet være en illustrasjon på hvordan problemstillingen kan løses i norsk rett.

## **5.5     *Reelle hensyn***

### **5.5.1   Betydningen av byggherrens aksept av løsningen**

Ved valg av nye løsninger må et naturlig utgangspunkt være at byggherren ikke skal brukes som en forsøkskanin av entreprenøren og de som har utviklet nyvinningen.

Som fremhevet i "Akershus Festning-dommen" stiller det seg annerledes der byggherren tar initiativet til den nye og risikable løsningen. I forlengelse av dette, bør det også kunne tas i betraktning ved aktsomhetsvurderingen i hvilken grad byggherren har akseptert løsningen ved uprøvde løsninger.

Som nevnt under punkt 4.2 kan det være av interesse for aktsomhetsvurderingen om byggherren har godkjent valget. Når løsninger er nyutviklet, vil det få enda større betydning om entreprenøren på en tydelig og klar måte har redegjort for løsningens fordeler og ulemper. Hvis byggherren ikke gjør innsigelser eller uttrykkelig godkjenner metodevalget, peker dette mot at aktsomhetsterskelen ikke bør være strengere enn hvis en mer tradisjonell metode hadde vært anvendt.

### 5.5.2 Hensynet til den byggetekniske utvikling

Nye byggetekniske løsninger har vært, og er en forutsetning for en rasjonell og videre utvikling av byggebransjen. Barbo har hevdet at utviklingsrisikoen bør bæres av byggherren, fordi den byggetekniske utvikling ville kunne stagnere hvis entreprenøren ikke får anvende nye metoder. Hensynets betydning kommer blant annet på spissen når en entreprenør foretar en eksperimentering med en ny metode. Hvor langt kan entreprenøren gå i å fremme utviklingen ved å velge en nyutviklet løsning?

Ved valget av en uprøvd metode bidrar entreprenøren til å gå i bresjen for å utvikle teknologien i byggebransjen. Det fremstår således som et preg av inkonsekvens når Barbo først hevder at byggherren bør bære utviklingsrisikoen av hensyn til den fremtidige utviklingen. Deretter når entreprenøren benytter seg av en nyutviklet løsning, hevder han at entreprenøren som utgangspunkt bør bære risikoen.<sup>103</sup>

Med den løsning norsk teori har lagt til grunn, vil en entreprenør ha en fordel av å velge tradisjonelle metoder. Hvilket incitament skal da entreprenøren ha for å velge en løsning som kan utvikle byggeteknologien videre, men som han i utgangspunktet må bære risikoen for. Disse betraktningene synes å være underliggende i den danske BUR-betænkningen<sup>104</sup> hvor det fremheves at:

*”En henvisning til, at bygherren ikke skulle delta i den økonomiske risiko, som anvendelsen af ny teknologisk viden altid vil indebære, er meningsløs, med mindre man har den oppfattelse, at de rådgivere eller de entreprenører, som har anvendt nyere teknologisk viden, altid burde have haft kendskap til, at den anvendte viden er utilstrækkelig eller mangelfuld.”*

Betenkningen fremhever at hvis utviklingsrisikoen i utgangspunktet bør anses for å

---

<sup>103</sup> Barbo(1990) s. 62.

<sup>104</sup> BUR-betænkningen er en betenkning fra 1979 avgitt av et utvalg nedsatt av byggeriets utviklingsråd med henblikk på å gjennomgå og vurdere byggeriets risiko og ansvarsforhold. Betenkningen ble utarbeidet av Preben Larsen, E. Ross Petersen og Jørgen Hansen.

påligge byggherren, slår det enda sterkere til hvor entreprenøren faktisk prøver å utvikle byggeteknologien ved bruk av nye løsninger. Realiteten av at entreprenøren som utgangspunkt må bære risikoen, innebærer et valg mellom å anvende en tradisjonell fremgangsmåte, eller la det briste eller bære ved å stole blindt på de opplysninger som finnes om den nyutviklede løsningen.

### 5.5.3 ”Stiavhengighetsproblemet”

Utover å legge vekt på den fremtidige utvikling, må det vurderes hva som er i byggherrens og byggebransjens interesse på lang sikt. Dette kan illustreres ved et sideblikk til offshorebransjen.

Under det norske oljeeventyret på slutten av 60- og hele 70-tallet ble det anvendt store og kostbare konstruksjonsmåter hvor målsettingen var å få opp størst mulig kvantum olje fra havbunnen slik at inntjeningen ble høyest mulig.<sup>105</sup> Denne tankegangen, i sammenheng med risikoen for ulykker og forsinkelser, gjorde at innovasjon av nye og kostnadsreducerende løsninger var fraværende. Resultatet av dette var at oljeutbyggingen på begynnelsen av 1980-tallet låste seg fast, hvor alternative teknologier for å utvinne oljen ikke så dagens lys. I næringspolitikken er dette betegnet som et universelt trekk ved teknologisk historie der fortiden fortsetter å prege fremtiden, såkalt ”stiavhengighet”. I etterkant av dette har det vært en radikal innovasjon av nye løsninger innenfor petroleumssektoren som faller utenfor denne oppgaves rekkevidde.

”Stiavhengighetsproblemet” oppstod også for rådgiver og konsulentansvar i dansk rett i etterkant av 2. verdenskrig, og medførte at de i en lang periode hadde et objektivt mangelsansvar for utviklingsfeil.<sup>106</sup> Dette kan også bli situasjonen i norsk rett for entreprenører, hvis praksis og teori fortsetter å legge til grunn at entreprenøren som utgangspunktet må bære risikoen for nyutviklede metoder.

---

<sup>105</sup> Bjørnstad(2005).

<sup>106</sup> Hansen(1984) s. 225 flg.

Den enkelte byggherre isolert, og byggebransjen samlet sett, må være interessert i at byggebransjen utvikler seg videre. Dette vil som vist i eksempelet, føre til kostnadsbesparelser i fremtiden. Byggherrene kan ikke forvente at fremvekst av ny teknologi kan skje uten at de må ta sin del av støyten. Fremgang innenfor entreprisesektoren oppnås ved å se utviklingen i et større perspektiv. Det kan ikke bare legges vekt på hva som er lønnsomt for den enkelte entreprenør eller byggherre i et kortsiktig tidsrom, men for byggebransjen som helhet i en lengre periode.

## **5.6 Konklusjon**

Teoretikerne har tatt det naturlige utgangspunktet at ved utprøving av noe nytt fremfor noe trygt, må aktpågivenheten økes. Imidlertid blir dette for lite nyansert når de nærmere hensyn i entreprisesektoren ikke tas i betraktning.

I lys av de presenterte rettskilder er konklusjonen at den danske løsningen av spørsmålet bør legges til grunn. Det innebærer at entreprenøren ved nyutviklede metoder, som ved tradisjonelle fremgangsmåter, må underlegges en vurdering etter en profesjonsnorm, men hvor entreprenøren har bevisbyrden. Utgangspunktet for aktsomhetsvurderingen vil være den samme, men bevisbyrden vil gradvis bli intensivert, beroende på hvor eksperimentell den uprøvde metoden er.

Dette kan for det første legges til grunn i norsk rett, fordi det kan anses for å være i overensstemmelse med de teoretiske uttalelser på området, siden både Hagstrøm og Barbo presumerer at entreprenøren bør ha risikoen.

Videre kan de rettsavgjørelsene som det er henvist til, plasseres inn i et bilde hvor bevisbyrden intensiveres gradvis, avhengig av hvor uprøvd metoden er. De ulike resultatene i Akershus Festning- og Ringhorne-avgjørelsen, kan begrunnes med at det ved sistnevnte var en mer eksperimentell metode, som i lys av de omkringliggende forhold satte krav til ekstraordinær aktpågivenhet hos entreprenøren.

Til slutt vil denne løsningen være i samsvar med de reelle hensyn. I de tilfeller hvor de gjør seg gjeldende med stor styrke, bør forsvarlighetsbedømmelsen i utgangspunkt skje etter samme standard som ved valg mellom to tradisjonelle fremgangsmåter.

Dette viser at det som utgangspunkt ikke bør være en strengere forsvarlighetsvurdering hvor det anvendes tilnærmet nyutviklede metoder. Derimot hvor eksperimenteringen er av en slik karakter at det bør stilles strengere krav til entreprenørens aktpågivenhet, må det også resultere i en strengere forsvarlighetsvurdering. Det viser hvordan den relative profesjonsvurderingen er en fleksibel norm som kan tilpasses, og føre til rimelige resultater i det enkelte saksforholdet.

## **6 Kilder og litteraturliste**

### **1: Lover og standardreguleringer**

1988 Lov om kjøp(kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr 27.

1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.(buofl.) av 13.juni 1997 nr 43.

1994 NS 3431 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

2000 NS 8401 Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag

2008 NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt

### **2: Forarbeider**

NOU 1992:9 Forbrukarentrepriselov

Ot.prp.nr.21 (1996-1997) Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (buofl. )

BUR-betænkningen Byggeriets risiko og ansvarsforhold(København 1979)

### **3: Rettspraksis**

#### 3.1 Høyesterettsdommer

Rt. 1917 s. 673

Rt. 1961 s. 965

Rt. 1968 s. 783

Rt. 1972 s. 449

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1994 s. 1430

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2011 s. 65

### 3.2 Lagmannsrettsdommer

Frostating lagmannsretts dom av 13. juli 1977

RG 1997 s 1282

LB-1998-1706

LB-2003-623

LH 2007-102419

LF-2008-134880

LB-2009-191162

LG-2009-188753

LB-2010-001442

### 3.3 Tingrettsdommer

TOSLO-2007-110178

### 3.4 Voldgiftsdommer

Vgd. av 17/9-60

Vgd. av 25/3-83(FTV-Oslo)

Vgd. av 17/1-84

VBA -2000-252

## **4: Litteratur**

Barbo, Jan Einar                      *Totalentreprise – særlig om entreprenørens  
prosjekteringsrisiko.* Oslo, 1990.

Buch, Anders Vestergaard        *Entrepriserettslige mangler.* København, 2007



- Eckhoff, Thorstein  
v/Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.
- Falkanger, Thor og  
Bull, Hans Jacob, *Sjørett*. Oslo, 2010.
- Hagstrøm, Viggo *Entrepriserett utvalgte emner*. Oslo, 1997.
- Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003.
- Hansen, Jørgen *Teknikeraftalen*, København 1984
- Hørlyck, Erik *Entreprise* 6. utg. København 2009
- Kaasen, Knut *Petroleumskontrakter*, Oslo 2006
- Krüger, Kai *Norsk kontraktsrett*. Bergen, 1989.
- Marthinussen, Karl,  
Giverholdt, Heikki m.fl. *NS 8405 med kommentarer*. Oslo 2010
- Marthinussen, Karl og  
Heikki Giverholdt m/fl  
(redaktører: Barbo, Jan  
Einar og Simonsen, Lasse) *På rett grunn*. Oslo 2010
- Norsk  
Byggstandardiseringsråd *Avgjørelser i byggesaker 1971-1983*. Oslo, 1984
- Røed, Anne Cathrine, *Byggeleder og konsulentavtaler*. Oslo, 2006.

Sandvik, Tore

*Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966.

Urbye, Hans Jakob,

*Kommentarer til NS 8401 og NS 8402*. Oslo, 2002.

### **5: Artikler publisert på nett**

Bjørnstad, Stein

*Oljeteknologi og innovasjon 2005 I:*

<http://www.econa.no/?nid=184231>